

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 533

Donald John Marshall, Jr.

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

et

**Le procureur général du Nouveau-Brunswick,
la West Nova Fishermen's Coalition,
le Native Council of Nova Scotia
et l'Union of New Brunswick Indians**

Intervenants

Répertorié: R. c. Marshall

N° du greffe: 26014.

1999: 17 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Binnie.

requête en nouvelle audition et en sursis d'exécution

*Indiens -- Droits issus de traités -- Droits de pêche -- Indien mi'kmaq
acquitté d'accusations d'avoir pêché en contravention de règlements fédéraux sur la
pêche -- Accusé déclaré titulaire de droits issus de traité l'exemptant de l'obligation de
se conformer à la réglementation -- L'accusé aurait-il dû être acquitté en l'absence d'un*

nouveau procès ou de la poursuite du litige afin qu'il soit statué sur la justification de la réglementation? -- Le gouvernement peut-il réglementer l'exercice d'un droit de pêche issu de traité en imposant par règlement des périodes de pêche et l'obligation de se procurer un permis? -- Étendue du pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice d'un droit issu de traité -- La prise d'effet du jugement devrait-elle être suspendue jusqu'au prononcé de la décision au terme de la nouvelle audience, si la tenue d'une telle audience est ordonnée?

Appels -- Cour suprême du Canada -- Compétence -- Nouvelle audition -- Requête en nouvelle audition présentée par une intervenante au pourvoi -- La Cour suprême a-t-elle compétence pour connaître de cette requête? -- Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 «partie».

Une intervenante dans l'affaire *Marshall*, la West Nova Fishermen's Coalition, a demandé que le pourvoi soit entendu de nouveau et que, si cette demande était accueillie, il soit sursis à l'exécution du jugement pendant la nouvelle audience. La Coalition a également demandé la tenue d'un nouveau procès, qui serait limité à la question de savoir si l'application des règlements sur les pêches à l'exercice du droit issu de traité des Mi'kmaq pouvait être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. Les parties et les autres intervenants se sont opposés à la tenue d'une nouvelle audience et de tout nouveau procès. La demande de la Coalition intervenante visait principalement les présumés effets, sur la pêche au homard, du jugement de la Cour. L'arrêt *Marshall* portait toutefois sur la pratique de la pêche à l'anguille pendant une période de fermeture, en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches. Dans son jugement du 17 septembre 1999, la majorité de notre Cour a statué que *Marshall* avait établi l'existence et la violation d'un droit issu d'un traité local autorisant les Mi'kmaq à pêcher commercialement l'anguille sur une petite échelle. Comme le

ministère public n'avait pas tenté de justifier l'une ou l'autre des restrictions -- obligation de se procurer un permis et période de fermeture -- limitant l'exercice du droit issu de traité de l'appelant, ce dernier a été acquitté. La justification était donc une nouvelle question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ni décidée par la Cour ni examinée par les juridictions inférieures.

Arrêt: La requête en nouvelle audition et en sursis à l'exécution du jugement est rejetée.

Vu la définition large de «partie» à l'art. 1 des Règles, la Cour a compétence pour connaître de la demande d'un intervenant qui sollicite la tenue d'une nouvelle audience, mais elle ne le fait que dans des circonstances exceptionnelles. Non seulement n'existe-t-il pas de telles circonstances en l'espèce, mais, de plus, la requête de l'intervenante déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même d'un intervenant de participer à un pourvoi, savoir qu'il accepte le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement.

Le ministère public a choisi, dans le cadre des poursuites visées en l'espèce, de ne pas tenter de justifier les restrictions -- obligation de se procurer un permis et période de fermeture -- imposées en matière de pêche à l'anguille, mais le fait de l'acquittement qui en a résulté ne saurait être généralisé en une conclusion que de telles restrictions ne peuvent être imposées dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi'kmaq. En

matière de justification, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification peut varier selon la ressource, l'espèce, la communauté et l'époque.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont le pouvoir de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice d'un droit issu du traité, lorsque de telles mesures sont justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. L'arrêt *Marshall* fait état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l'exercice de droits issus de traités. L'objectif prépondérant en matière de réglementation est la conservation de la ressource, et cette responsabilité incombe carrément au ministre responsable et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource. Le pouvoir de réglementation s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation. Les peuples autochtones ont le droit d'être consultés à propos des restrictions à l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités. En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu'il puisse justifier leur utilisation pour limiter l'exercice d'un droit issu de traité pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs.

La demande de la Coalition repose sur une méprise quant à la portée de l'opinion majoritaire de la Cour datée du 17 septembre 1999, et l'acquittement de l'appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l'on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi.

Jurisprudence

Distinction d’avec les arrêts: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêt appliqué:** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1), 43 [mod. 1991, ch. 1, art. 12].

Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, ann. III, art. 2.

Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).

Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332 [mod. DORS/94-390].

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 27.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET EN SURSIS D’EXÉCUTION

dans l’affaire *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Requête rejetée.

Argumentation écrite par A. William Moreira, c.r., pour la requérante la West Nova Fishermen’s Coalition.

Argumentation écrite par *Bruce H. Wildsmith, c.r.*, pour Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Graham Garton, c.r.*, et *Robert J. Frater*, pour Sa Majesté la Reine, intimée à la requête.

Argumentation écrite par *D. Bruce Clarke*, pour le Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Henry J. Bear*, pour l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête.

Version française du jugement rendu par

1 LA COUR -- L'intervenante West Nova Fishermen's Coalition (la «Coalition») demande la tenue d'une nouvelle audience afin que la Cour examine le pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer les pêches sur la côte Est, la tenue d'un nouveau procès en vue de permettre au ministère public de justifier, pour des raisons de conservation ou d'autres motifs, les restrictions -- obligation de se procurer un permis et période de fermeture -- auxquelles est assujetti l'exercice du droit issu de traité de l'appelant, ainsi qu'une ordonnance sursoyant, dans l'intervalle, à l'exécution du jugement de la Cour daté du 17 septembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 456. Le ministère public, l'appelant Marshall et les autres intervenants s'opposent à cette demande.

2 Les opposants à la requête plaident, sous divers angles, que la requête de la Coalition repose sur une série de méprises quant à ce qui a été décidé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 et à ce qui ne l'a pas été. Ces objections sont bien

fondées. La Cour n'a pas statué que le droit conféré aux Mi'kmaq par le traité ne peut pas être réglementé ni que les Mi'kmaq ont un accès garanti aux pêches à longueur d'année. Dans le cadre de poursuites comme celles visées en l'espèce, la question de la justification pour des motifs de conservation ou pour d'autres objectifs est une étape distincte du procès. Il appartient au ministère public de décider s'il entend défendre ou non l'applicabilité de la réglementation gouvernementale à l'occasion de poursuites contre un accusé qui prétend exercer un droit ancestral ou issu de traité.

3 Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada reconnaît que le ministère public n'a présenté ni élément de preuve au procès ni argument en appel en vue de démontrer que les dispositions réglementaires établissant la période de fermeture et l'obligation de se procurer un permis qui restreignaient l'exercice du droit issu du traité étaient justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille. Par conséquent, la question de savoir si ces restrictions étaient justifiées en l'espèce n'a pas été abordée dans le jugement rendu par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999, et c'est sur cette base que la question constitutionnelle qui se posait dans les présentes poursuites a été tranchée.

L'acquittement du 17 septembre 1999

4 Dans le jugement de la majorité, notre Cour a acquitté l'appelant des accusations d'avoir pêché 463 livres d'anguille et d'avoir vendu ces prises pour 787,10 \$. Le fondement de l'acquittement est un traité conclu avec les Britanniques en 1760 et, de façon plus particulière, les conditions verbales de ce traité qui ressortent de documents préparés par les Britanniques durant les négociations mais qui ont été consignées de manière incomplète dans la clause relative aux «maisons de troc» figurant dans le texte du traité. Le droit issu du traité permet à la communauté mi'kmaq d'assurer

sa subsistance en lui accordant un accès continu aux ressources halieutiques et fauniques pour qu'elle puisse en faire le commerce afin de pouvoir se procurer les «choses nécessaires», notion que la majorité de notre Cour a interprétée comme étant «la nourriture, le vêtement et le logement, complété[s] par quelques commodités de la vie».

5 La Coalition prétend que les activités de pêche des Autochtones et celles des non-autochtones devraient être assujetties à la même réglementation. En fait, comme il a été souligné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tant les Autochtones que les non-autochtones *étaient* assujettis au pouvoir de réglementation unilatéral des divers gouvernements qui se sont succédé des années 1760 et 1761 jusqu'en 1982. Jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'appelant aurait été clairement assujetti à la réglementation établie en vertu de la *Loi sur les pêches* et des lois qui l'ont précédée, au même titre que les membres de la Coalition requérante, à moins de se voir accorder une exemption de la réglementation au titre d'une politique gouvernementale.

6 Comme il a également été souligné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, les auteurs de notre Constitution ont fait inscrire les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette mesure a eu pour effet de constitutionnaliser des droits qui jusque-là étaient vulnérables à l'extinction par décision unilatérale. Ce texte incluait nécessairement les traités de 1760 et 1761, et il ne faisait pas expressément mention de quelque pouvoir de réglementation. Le paragraphe 35(1) dit simplement que «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Dans des affaires subséquentes, certains peuples autochtones ont plaidé que, comme aucune restriction par voie réglementaire de leurs droits n'est exprimée en langage clair dans la Constitution, aucune restriction de cette nature ne pouvait être imposée si ce n'est par voie de modification constitutionnelle. En

revanche, certains procureurs généraux ont prétendu que, comme les droits ancestraux ou issus de traités avaient toujours été vulnérables à la réglementation et à l'extinction unilatérales par le gouvernement, cette vulnérabilité faisait elle-même partie intégrante des droits désormais inscrits à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans une série de décisions importantes, dont la première a été l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, qui concernait la pêche sur la côte Ouest, notre Cour a confirmé que les droits ancestraux et issus de traités visés à l'art. 35 *sont* assujettis à la réglementation, pourvu que l'État soit en mesure de justifier cette réglementation pour des motifs de conservation ou pour d'autres raisons d'importance publique. Une série de critères permettant de déterminer si cette justification a été apportée ont été exposés. Ces différents arrêts ont été mentionnés dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mais les principes applicables n'ont pas été analysés en détail étant donné que le ministère public avait choisi de ne pas mettre en litige la question de la justification dans le cadre des poursuites visées en l'espèce et que, de ce fait, ni le ministère public ni la défense n'avaient présenté d'observations relativement au maintien des pouvoirs de réglementation du gouvernement. La Coalition reconnaît qu'elle soulève une nouvelle question. Elle plaide [TRADUCTION] «qu'il ressort clairement des motifs du jugement ainsi que des décisions de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse au procès et de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en appel que cette question [de la justification de la réglementation] n'a pas été examinée ni décidée».

7 La Coalition affirme néanmoins que, si l'appelant ne subit pas un nouveau procès relativement à la question de la justification, il en résultera une «injustice» pour ses membres. Dans les faits, la Coalition demande à notre Cour de transformer rétroactivement les poursuites en un renvoi consultatif ou en une action en jugement déclaratoire. La procureure générale du Canada s'oppose à cette transformation. Il appartenait au ministère public de décider d'agir contre l'appelant par voie de poursuites

ordinaires. L'appelant a répondu à la preuve présentée par le ministère public. Il a été jugé non coupable des accusations qui pesaient contre lui.

Aucun sursis à l'exécution du jugement

8 À l'instar de tout autre accusé jugé non coupable, l'appelant est normalement en droit de s'attendre à ce qu'on prononce un acquittement immédiat, et non un jugement dont la prise d'effet serait suspendu pendant que le gouvernement considère les répercussions plus générales des poursuites infructueuses qu'il a intentées. La procureure générale du Canada n'a pas demandé à l'occasion de l'audition du pourvoi, et elle ne demande pas non plus dans sa réponse à la requête de la Coalition qu'il soit sursis à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation par la Cour du droit issu de traité des Mi'kmaq. Si une telle demande était présentée, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

La qualité pour agir de la West Nova Fishermen's Coalition

9 Les opposants à la requête affirment que la Coalition n'a pas qualité pour présenter cette requête. Ils plaident que, en tant qu'intervenante, la Coalition n'a pas le droit qu'ont les parties de demander la tenue d'une nouvelle audience. La Coalition a été constituée intervenante aux présentes procédures par une ordonnance datée du 7 avril 1998. Comme le souligne la Coalition dans sa réplique, conformément à l'art. 1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, un intervenant a, sauf indication contraire du contexte, la qualité de «partie» au pourvoi. Bien que ce ne soit que dans des circonstances exceptionnelles que notre Cour entende la demande d'un intervenant sollicitant la tenue d'une nouvelle audience, la définition large de «partie»

à l'art. 1 des Règles accorde à la Cour le pouvoir de connaître d'une telle demande. Non seulement n'existe-t-il pas de circonstances exceptionnelles en l'espèce, mais, de plus, la requête de la Coalition déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même des intervenants de participer à un pourvoi, savoir qu'ils acceptent le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Qui plus est, dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999 et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement. Le ministère public, l'appelant Marshall et les autres intervenants s'opposent tous à la tenue d'un nouveau procès relativement à la question de la justification. Leur opposition est bien fondée et ce pour les motifs suivants.

10 La Coalition demande une nouvelle audience pour que soient examinées les questions suivantes:

[TRADUCTION]

1. L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposition a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?
2. L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l'art. 2 de l'annexe III du *Règlement de pêche des provinces maritimes*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?
3. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq -- y compris l'appelant -- de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?
4. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq -- y compris l'appelant -- de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?

5. Indépendamment de ce qui précède, quelle est l'étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer le droit issu du traité?
6. ... conformément à l'art. 27 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience.

11 Ces questions, ainsi que la requête en sursis à l'exécution présentée par la Coalition témoignent d'une incompréhension fondamentale de la portée des motifs de jugement exposés par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999. Comme il a été indiqué plus tôt, le pourvoi concernait des poursuites intentées contre un citoyen. La Cour devait décider si le bien-fondé de certaines accusations précises concernant la participation de l'appelant à la pêche à l'anguille avait été établi. L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 se limitait aux questions nécessaires pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.

12 Notre Cour n'accorde pas fréquemment d'ordonnance sursoyant à la prise d'effet de ses jugements, spécialement dans les cas (comme celui qui nous occupe) où les parties n'ont pas demandé une telle ordonnance. La présente affaire n'était toutefois pas un renvoi visant à faire statuer sur la validité générale de dispositions législatives et réglementaires, comme c'était le cas, par exemple, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 780, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité des lois du Manitoba jusqu'à «l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier». Il ne s'agissait pas non plus d'un cas où l'on demandait à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire invalidant certaines dispositions législatives, comme l'affaire *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité de la définition de «conjoint» pour l'application de l'art. 29 de la *Loi sur le*

droit de la famille de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, pendant une période de six mois afin de permettre à la législature de cette province d'examiner les modifications appropriées.

13 En l'espèce, le ministère public a choisi de contester la thèse du droit issu de traité en intentant des poursuites, type de procédure qui n'est pas régi par les mêmes règles que les renvois ou les actions en jugement déclaratoire. Le présent pourvoi portait seulement sur la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l'appelant était coupable des accusations portées contre lui. En défense, l'appelant a prouvé que le droit collectif issu de traité dont est titulaire sa communauté l'autorisait à se livrer à des activités de pêche à l'anguille qu'on a qualifiées [TRADUCTION] «d'activités commerciales sur une petite échelle pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait», et il a établi que les règlements d'application existants de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, ne reconnaissaient pas l'existence de ce droit issu de traité ou ne comportaient pas les adaptations nécessaires à son exercice.

14 Comme il est indiqué au par. 56 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le droit issu du traité permet «de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*» (nous soulignons). Ce critère (établi dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771) est examiné plus loin. Comme il a été dit plus tôt, le ministère public n'a pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments justifiant les restrictions -- période de fermeture et obligation de se procurer un permis -- auxquelles est assujéti l'exercice par l'appelant du droit collectif issu du traité, justification telle la nécessité de conserver et de protéger la population d'anguilles. Il est possible que, dans les faits, la population d'anguilles n'ait pas besoin de protection contre l'exploitation commerciale.

C'est ce qu'a affirmé le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la Coalition:

[TRADUCTION] . . . Monsieur Marshall pêchait l'anguille. La pêche de ce poisson ne soulève aucune question de conservation. L'anguille n'est pas une espèce menacée et les activités de pêche commerciale de ce poisson par des non-autochtones ne sont pas considérables. L'anguille est une espèce traditionnellement pêchée, que M. Marshall pêche selon une méthode traditionnelle et en quantités relativement petites. Il n'y a tout simplement aucune justification qui aurait pu être présentée en preuve par le ministère public.

La procureure générale du Canada a dit expressément, dans l'argumentation écrite qu'elle a présentée à notre Cour dans le cadre du présent pourvoi, que [TRADUCTION] «[c]omme l'existence d'aucun droit issu de traité de la sorte n'a été établie en l'espèce, le ministère public n'était pas tenu de justifier ses règlements d'application de la *Loi sur les pêches* conformément à . . . *R. c. Sparrow* [précité] ou à *R. c. Gladstone* [[1996] 2 R.C.S. 723]». La question de la justification n'était aucunement mentionnée dans l'argumentation écrite du procureur général du Nouveau-Brunswick, et ni le procureur général de la Nouvelle-Écosse ni celui de l'Île-du-Prince-Édouard ne sont intervenus dans le pourvoi. Par conséquent, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a ordonné l'acquiescement de l'appelant au regard de la preuve présentée contre ce dernier. La Cour n'était pas saisie de la question de la justification et aucune décision n'a été prononcée à l'égard de la question de savoir si oui ou non de telles restrictions auraient pu être justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille si le ministère public avait présenté des éléments de preuve et des arguments au soutien de leur applicabilité.

Motifs invoqués par la Coalition au soutien de sa demande de nouvelle audience

1. *L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du Règlement de pêche (dispositions générales), en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposition a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?*

15 À l'instar de tout autre citoyen faisant l'objet de poursuites, l'appelant a droit qu'on l'informe en temps opportun de ce qu'on lui reproche et qu'on lui donne la possibilité de réfuter ces accusations. La Coalition sollicite la tenue d'un nouveau procès à l'égard d'une nouvelle question. Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on souligne expressément, au par. 4, que le droit issu du traité

a toujours été assujetti à la réglementation. Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant [l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*], ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. [Nous soulignons.]

Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada affirme ce qui suit relativement à la nature limitée des questions soulevées au procès:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, l'intervenante désire contester le droit de l'appelant à l'acquittement en soulevant certains points relativement à la question de savoir si les dispositions réglementaires en vertu desquelles ce dernier a été accusé peuvent être justifiées conformément au critère établi dans *R. c. Sparrow*. Il s'agirait clairement d'une nouvelle question dans le cadre des procédures. Il n'est pas loisible à l'intervenante de soulever une question qui n'était pas en litige entre les parties au pourvoi. [Nous soulignons.]

Dans sa réplique, la Coalition affirme que le fait d'obliger les parties à débattre, au cours du même procès, la question de la justification de la réglementation et celle du droit issu

de traité [TRADUCTION] «aurait pour effet d'imposer aux parties, à l'étape du procès, un fardeau déraisonnable et impraticable dans les affaires concernant les droits des Autochtones». Quels que puissent être les avantages ou les désavantages de scinder l'examen de ces questions dans un procès en deux temps, aucune proposition en ce sens n'a été faite au juge du procès par les parties et aucune procédure de la sorte n'a été envisagée, et encore moins adoptée, dans le présent cas. Comme il a été indiqué plus tôt, le ministère public s'oppose en l'espèce à la tenue d'une nouvelle audience ainsi qu'à la tenue d'un nouveau procès. Les questions qui préoccupent la Coalition concernent en grande partie la pêche au homard et non la pêche à l'anguille, et, s'il y a lieu, ces questions pourraient être soulevées et tranchées dans de futures affaires mettant en cause les particularités de la pêche au homard. C'est au ministère public qu'il appartient de prendre des mesures visant à faire respecter la loi dans le cas du homard ou d'autres pêches, et ce lorsqu'il choisit de le faire.

2. *L'appelant a-t-il droit à l'acquittement à l'égard de l'accusation d'avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l'art. 2 de l'annexe III du Règlement de pêche des provinces maritimes, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?*

16 La Coalition prétend qu'une nouvelle audience et un nouveau procès sont nécessaires pour lever l'«incertitude» qui existerait à l'égard du pouvoir du gouvernement de gérer les pêches. La procureure générale du Canada, agissant pour le compte du gouvernement fédéral qui réglemente les pêches, conteste la thèse de la Coalition.

17 Si de nouvelles poursuites étaient intentées en vertu des dispositions réglementaires, le ministère public aurait (tout comme dans le présent cas) le fardeau de prouver les éléments factuels de l'infraction. Cela fait, il incomberait alors à l'accusé

de démontrer qu'il est membre d'une communauté autochtone au Canada, communauté qui est partie à un des traités décrits dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et qu'il exerçait le droit collectif de cette communauté de chasser ou de pêcher sur ses territoires de chasse et de pêche traditionnels. Il est souligné, au par. 5 de l'opinion majoritaire, que les Britanniques n'ont pas conclu de traité global avec la population mi'kmaq:

. . . les Britanniques ont signé avec diverses communautés mi'kmaq une série d'ententes qu'ils entendaient consolider en un traité global avec les Mi'kmaq, mais qui, dans les faits, n'a jamais vu le jour. Le juge qui a présidé le procès, le juge Embree de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, a conclu que, à la fin de 1761, des traités similaires avaient été conclus avec tous les villages mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse. [Nous soulignons.]

Le gouverneur britannique à Halifax a agi ainsi parce qu'il considérait que le chef d'une communauté donnée n'avait pas l'autorité requise soit pour faire des promesses de paix et d'amitié au nom de chefs d'autres communautés, soit pour obtenir pour ceux-ci des avantages par voie de traité. Les traités et les avantages réciproques en découlant avaient un caractère local. En l'absence d'une nouvelle entente avec l'État, l'exercice des droits issus de traités se limite au territoire traditionnellement utilisé par la communauté locale qui a conclu un traité «similaire». En outre, les droits issus de traités n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient, et ils ne peuvent être exercés qu'à seule fin de tirer des ressources mentionnées les biens à échanger pour les «choses nécessaires».

18 Il est en outre précisé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 que l'accusé devra également prouver (comme l'a fait l'appelant en l'espèce) que le régime de réglementation restreint de manière appréciable l'exercice du droit issu de traité. La majorité a conclu ainsi sur ce point, au par. 64:

Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements, c'est-à-dire l'interdiction de pêcher sans permis (*Règlement de pêche des provinces maritimes*, al. 4(1)a)) et l'interdiction de vendre des anguilles sans permis (*Règlement de pêche (dispositions générales)*, par. 35(2)), portent à première vue atteinte aux droits conférés à l'appelant par les traités de 1760 et de 1761 et sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

19 En dernier ressort, il est toujours loisible au ministre (comme il en avait la possibilité en l'espèce) de tenter de justifier la limitation du droit issu de traité en se fondant sur la nécessité de conserver la ressource en question ou sur d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, comme nous le verrons plus loin. De même, il sera loisible à l'accusé, dans de futures affaires, d'essayer de démontrer que, en 1760, les *deux* parties considéraient que le droit issu de traité donnait accès à des ressources autres que le poisson, les espèces sauvages et les produits traditionnellement visés par les activités de cueillette comme les baies et autres fruits. Le mot «cueillette» figurant dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a été utilisé à l'égard des ressources qui étaient traditionnellement «cueillies» dans le cadre d'une économie autochtone et qui étaient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités de 1760 et 1761. Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d'évolution, comme nous le verrons plus loin, leur objet ne peut (en l'absence d'une nouvelle entente) être transformé du tout au tout. À cet égard, dans le cadre de la présente requête, certaines suppositions injustifiées sont faites par le Native Council of Nova Scotia quant [TRADUCTION] «aux répercussions de l'exercice du droit économique issu du traité sur l'exploitation des ressources forestières, des ressources minérales et des gisements de gaz naturel extracôtiers». Pour sa part, l'Union of New Brunswick Indians a évoqué le besoin de [TRADUCTION] «négocier une approche intégrée à l'égard de l'ensemble des ressources visées par la chasse, la pêche et la cueillette, ce qui inclut les produits de la mer, de la terre et des forêts». Cette interprétation élargie de la notion de «cueillette»

n'est pas examinée dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et des négociations touchant des ressources telles que le bois, les substances minérales et les gisements de gaz naturel extracôtiers déborderaient l'objet du présent pourvoi.

20

L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n'a pas décidé que l'appelant avait établi l'existence d'un droit issu de traité permettant de «cueillir» toute chose qui peut physiquement l'être. Les questions en litige étaient beaucoup plus restreintes et la décision beaucoup plus limitée. Dans le cours du présent appel, il ne nous a été présenté aucun élément de preuve ou argument tendant à indiquer que le commerce des ressources forestières ou minérales ou l'exploitation des gisements de gaz naturel extracôtiers étaient envisagés par l'une ou l'autre des parties au traité de 1760, ou par les deux; il n'a pas non plus été plaidé que l'exploitation de telles ressources pouvait être considérée comme une évolution logique des droits conférés par le traité à l'égard des ressources halieutiques et fauniques ou des autres choses traditionnellement «cueillies» par les Mi'kmaq dans le cadre du mode de vie autochtone en 1760. Il est évidemment loisible aux communautés autochtones de revendiquer l'existence de droits issus de traité plus larges à cet égard, mais, dans un tel cas, le fondement d'une telle revendication devra être établie dans le cadre de procédures où cette question est nettement soulevée, à la lumière de la preuve de nature historique pertinente, comme cela a été fait en l'espèce pour ce qui est des ressources halieutiques et fauniques. Les parties n'ont tout simplement pas parlé d'autres ressources et il n'en est donc pas question dans l'opinion majoritaire de la Cour du 17 septembre 1999. Comme le reconnaît l'Union of New Brunswick Indians dans son opposition à la requête de la Coalition, [TRADUCTION] «il y a actuellement des affaires qui suivent leur cours devant les tribunaux de juridiction inférieure et qui portent précisément sur certaines de ces questions potentielles, telle la coupe de bois sur les terres de la Couronne».

21 Le fait que le ministère public ait choisi de ne pas tenter de justifier la période de fermeture de la pêche à l'anguille en litige dans le présent cas ne saurait, contrairement à ce que laisse entendre la question de la Coalition, être généralisé en une conclusion qu'aucune période de fermeture ne peut être imposée dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi'kmaq. La «période de fermeture» est clairement un outil de gestion dont dispose potentiellement le gouvernement, mais son application aux droits issus de traités devra être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. En l'absence de cette justification, l'accusé qui établit l'existence d'un droit issu de traité est ordinairement autorisé à l'exercer. Comme tend à l'indiquer la preuve d'expert déposée dans le cadre de la présente requête par l'Union of New Brunswick Indians, il est possible que, dans le cas de la pêche à l'anguille, l'établissement d'une période de fermeture soulève des questions très différentes -- en matière de conservation et à d'autres égards -- que dans le cas d'autres espèces marines tels le saumon, la morue, le crabe ou le homard, ou encore dans le cas de l'orignal ou d'autres espèces sauvages. Comme les difficultés que pose la gestion des ressources fauniques et halieutiques ainsi que les techniques utilisées à cette fin varient d'une espèce à l'autre, les restrictions devront être justifiées au cas par cas. La preuve étayant la fermeture de la pêche au saumon n'est pas nécessairement applicable pour justifier la fermeture de la pêche à l'anguille.

22 La gestion et la conservation des ressources ainsi que la répartition des prises autorisées soulèvent inévitablement des questions d'une complexité considérable tant pour les Mi'kmaq qui veulent gagner leur vie en se prévalant de la protection du droit issu du traité, que pour les gouvernements qui veulent justifier la réglementation de ce droit. Comme l'illustre la présente affaire, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification du gouvernement peut varier selon la

ressource, l'espèce, la communauté et l'époque. Comme notre Cour et d'autres tribunaux l'ont à maintes occasions signalé, il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation d'un accord moderne de participation des Mi'kmaq à l'exploitation de ressources précises plutôt que par le recours aux tribunaux. Le juge La Forest a souligné ce point dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (arrêt cité dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), au par. 207:

Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu.

23 Les divers intéressés -- gouvernementaux, autochtones et autres -- ne sont évidemment pas obligés d'en arriver à une entente. En l'absence de solution satisfaisante pour toutes les parties, les tribunaux résoudront les points litigieux au fur et à mesure qu'ils leur seront soumis. La décision rendue à l'égard des présentes poursuites ne fait autorité qu'à l'égard des questions sur lesquelles il a été statué dans celle-ci. L'acquiescement ne devrait pas être écarté afin de permettre à la Coalition d'aborder de nouvelles questions qui n'ont pas été soulevées par les parties ni tranchées par la Cour dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

3. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq -- y compris l'appelant -- de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?*

24 Le pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice du droit issu du traité est à maintes reprises confirmé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999. Outre la mention au par. 4 de la décision de la majorité, citée plus tôt, que le droit issu du traité

«a toujours été assujetti à la réglementation», on peut également lire ceci, au par. 7 du jugement de la majorité:

J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujettis aux règlements dont la justification peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger* . . . [Nous soulignons.]

L'observation suivante a été faite au par. 38 du jugement de la majorité:

Le D^r Patterson a ensuite souligné que les Mi'kmaq comprenaient que ces droits issus du traité étaient réglementés, ce à quoi je souscris.

Au paragraphe 58, le caractère limité du droit a été réaffirmé:

Par conséquent, ce qui est envisagé ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de commercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être circonscrit à ses limites appropriées. [Nous soulignons.]

Au paragraphe 64 du jugement de la majorité, il a une fois de plus été fait état de la réglementation permise par le critère établi dans l'arrêt *Badger*. La Cour a donc confirmé de façon très explicite le pouvoir des gouvernements fédéral et provinciaux de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, point qui est examiné plus loin.

25 En toute déférence pour la Coalition, le pouvoir général de réglementation du gouvernement est clairement confirmé. Il est difficile d'imaginer que le fait de réitérer ce point fondamental après une nouvelle audience ajouterait quoi que ce soit de pertinent à ce qui a déjà été dit dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

26 Pour ce qui est de la question particulière des permis, la conclusion de l'opinion majoritaire *n'était pas* que les régimes de délivrance de permis sont en soi invalides, mais plutôt que l'obligation faite à l'appelant de se procurer un permis afin de pouvoir exercer le droit issu du traité n'avait pas été justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs d'intérêt public. La Cour, à la majorité, a déclaré ceci, au par. 64:

. . . dans le cadre du régime de réglementation applicable, l'appelant ne pouvait exercer son droit issu de traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. Les règlements ne tiennent pas compte des droits issus de traités des Mi'kmaq parce que, peut-on présumer, la position de la Couronne a été et continue d'être que de tels droits n'existent pas. Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements [. . .] sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

27 Bien qu'aucun élément de preuve ni argument n'aient été présentés pour justifier l'obligation d'être titulaire d'un permis en l'espèce, au par. 64 de sa décision du 17 septembre 1999, la majorité s'est néanmoins référée à l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, dans lequel le juge Cory, s'exprimant pour la Cour, a dit ceci à propos de la question des permis, aux par. 91 et 92:

En ce qui concerne le régime de délivrance de permis, l'appelant prétend que, une fois que l'existence de ses droits a été établie, tout ce qui en entrave ou en gêne l'exercice, ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte. On affirme que l'existence même du permis porte atteinte au droit ancestral en ce qu'elle implique que la

permission du gouvernement est nécessaire pour exercer ce droit, et que l'appelant n'est pas libre de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la bande ou au sien pour l'exercer.

Cette thèse ne peut être fondée. Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. La capacité d'exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* est peut-être la meilleure illustration de ce principe. La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société.

28 La justification d'une obligation de se procurer un permis dépend des faits. En l'espèce, le ministère public a refusé de présenter des éléments de preuve ou des arguments pour justifier l'application d'une telle obligation aux activités commerciales de pêche à l'anguille sur une petite échelle auxquelles s'est livré l'appelant.

4. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq -- y compris l'appelant -- de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?*

29 L'établissement de périodes de fermeture est un moyen de réglementation qui vise en partie à la conservation de la ressource touchée. Dans les arrêts de notre Cour auxquelles se réfère la décision majoritaire du 17 septembre 1999, notamment *Sparrow*, précité, et *Badger*, précité, on a constamment reconnu l'importance prépondérante de la conservation en tant que justification de limites imposées à l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. Comme l'a reconnu le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la Coalition, [TRADUCTION] «[l]a conservation vient clairement en tête de liste des priorités, et les peuples autochtones acceptent ce fait». Lorsque cela s'avère nécessaire, la conservation d'une ressource peut

commander la fermeture complète de la chasse ou de la pêche de cette ressource, tant par les Autochtones que par les non-autochtones.

30 Dans le présent cas, l'appelant était poursuivi pour faire respecter une «période de fermeture» de la pêche à l'anguille, mesure que le ministère public n'a pas tenté de justifier, et c'est dans ce contexte précis que l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 doit être comprise. Le fait d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience ou d'un nouveau procès dans la présente affaire, qui concernait uniquement la période de fermeture de la pêche à l'anguille, ne serait d'aucune utilité pour ceux qui, à l'instar de la Coalition, souhaitent justifier une période de fermeture de la pêche au homard.

5. *Indépendamment de ce qui précède, quelle est l'étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer le droit issu du traité?*

31 Il ressort de la simple lecture du texte de cette question qu'elle n'est pas soulevée par l'objet du pourvoi, et qu'il est impossible d'y répondre à partir du dossier factuel. Telle qu'elle est formulée, elle est si générale qu'il est impossible d'y répondre de façon détaillée. Dans les faits, la Coalition veut transformer une poursuite fondée sur des faits précis en un renvoi général demandant à la Cour de donner un avis consultatif sur un large éventail de questions de réglementation touchant les pêches sur la côte Est. Comme il a été expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, le pouvoir de la Cour de donner des avis consultatifs a un caractère exceptionnel et ne peut être invoqué que par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-26. En l'occurrence, le gouverneur en conseil n'a pas demandé d'avis consultatif à la Cour et la procureure générale du

Canada s'oppose à la tentative de la Coalition de soumettre ce qu'elle appelle un «renvoi privé».

32 Il a déjà été fait mention du «critère établi dans *Badger*», qui permet aux gouvernements de justifier les restrictions auxquelles ils assujettissent l'exercice de droits issus de traités. Dans *Badger*, notre Cour a étendu aux traités l'application du critère de justification qui avait été élaboré dans *Sparrow*, précité, à l'égard des droits ancestraux. Voici comment le juge Cory a énoncé ce critère dans *Badger*, précité, au par. 97:

Dans l'arrêt *Sparrow*, il a été jugé, à la p. 1113, que pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités il faut se poser les questions suivantes, dans l'ordre indiqué:

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. . .

À la page 1114, l'étape suivante a été décrite ainsi:

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. . .

Enfin, à la p. 1119, on a signalé que d'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête:

Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins

informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent. [Souligné dans l'original.]

33 L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n'a pas mis en doute la validité de la *Loi sur les pêches* ou l'une ou l'autre de ses dispositions. Ce que dit l'opinion majoritaire, au par. 66, c'est que, «si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'appelant, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'appelant a droit à l'acquittement» (nous soulignons). L'article 43 de la Loi jette les bases d'un très vaste pouvoir de réglementation à l'égard des pêches, qui peut s'étendre aux activités de pêche des Autochtones, lorsqu'on justifie une telle mesure. Voici le texte de l'art. 43:

RÈGLEMENTS

43. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment:

- a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;
- b) concernant la conservation et la protection du poisson;
- c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;
- d) concernant l'exploitation des bateaux de pêche;
- e) concernant l'utilisation des engins et équipements de pêche;
- e.1) concernant le marquage, l'identification et l'observation des bateaux de pêche;

e.2) concernant la désignation des observateurs, leurs fonctions et leur présence à bord des bateaux de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

g.1) concernant les registres, documents comptables et autres documents dont la tenue est prévue par la présente loi ainsi que la façon de les tenir, leur forme et la période pendant laquelle ils doivent être conservés;

g.2) concernant la façon dont les registres, documents comptables et autres documents doivent être présentés et les renseignements fournis sous le régime de la présente loi;

h) concernant l'obstruction et la pollution des eaux où vivent des poissons;

i) concernant la conservation et la protection des frayères;

j) concernant l'exportation de poisson;

k) concernant la prise ou le transport interprovincial de poisson;

l) prescrivant les pouvoirs et fonctions des personnes chargées de l'application de la présente loi, ainsi que l'exercice de ces pouvoirs et fonctions;

m) habilitant les personnes visées à l'alinéa l) à modifier les périodes de fermeture, les contingents ou les limites de taille ou de poids du poisson fixés par règlement pour une zone ou à les modifier pour un secteur de zone. [Nous soulignons.]

(De fait, le gouverneur en conseil a pris, en vertu de ce pouvoir de réglementation, le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, dont il est question plus loin.) Quoique le par. 7(1) de la *Loi sur les pêches* permette censément au ministre d'octroyer ou de refuser «à discrétion» des baux, permis et licences, ce pouvoir discrétionnaire doit être considéré en corrélation avec le pouvoir qu'a le gouverneur en conseil, aux termes de l'al. 43f), de prendre des règlements «concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux». Doivent être établis des critères précis permettant au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'octroyer

ou de refuser des permis d'une manière qui reconnaisse l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité et comporte les adaptations nécessaires à son exercice. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, arrêt cité également dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le Juge en chef a dit ce qui suit, au par. 54:

Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux. [Nous soulignons.]

Même si l'arrêt *Adams* portait sur un droit ancestral, le même principe s'applique aux droits issus de traités.

34 *Le Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, qui est mentionné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, porte sur la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Ce règlement confère expressément le pouvoir d'imposer, lorsque les circonstances le justifient, des conditions concernant les espèces et quantités de poissons qui peuvent être prises ou transportées; les endroits et les moments où le poisson peut être débarqué ou amené à terre; la méthode à utiliser pour débarquer le poisson et les méthodes pour en déterminer la quantité; les renseignements que la personne désignée ou le capitaine du bateau désigné doit, avant le début de la pêche, transmettre au ministre ou à la personne indiquée par le titulaire du permis; les endroits et les moments des inspections du contenu de la cale et la procédure

à suivre lors de celles-ci; le nombre maximal de personnes ou de bateaux qui peuvent être désignés pour pratiquer la pêche et toute activité connexe; le nombre maximal de personnes désignées qui peuvent pêcher en même temps; le type, la grosseur et la quantité des engins de pêche que toute personne désignée peut utiliser; l'aliénation du poisson pris en vertu du permis. Le gouverneur en conseil a le pouvoir de modifier le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones* pour tenir compte de l'exercice des activités limitées de pêche commerciale décrites dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, en plus de la pêche pratiquée à des fins alimentaires.

35 Malgré le fait que le pouvoir de la Cour d'examiner, dans le cadre de poursuites, des questions générales qui ne sont pas en litige entre le ministère public et la défense, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 fait néanmoins état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l'exercice de droits issus de traités. Voici certains de ces motifs.

36 a) *Le droit issu du traité est un droit limité.* Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on a fait état de la «portée étroite du droit issu du traité» (par. 57). Dans son argumentation écrite, la Coalition prétend que la seule méthode de réglementation précisée dans ce jugement était la restriction des quantités de poisson requises pour satisfaire les besoins des Mi'kmaq en choses nécessaires. Ce n'est pas le cas. Ce que dit l'opinion majoritaire, c'est que le droit issu de traité des Mi'kmaq n'accorde pas *davantage* que les quantités requises pour satisfaire les besoins en choses nécessaires. La Cour a dit ce qui suit au par. 61 du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999:

Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par

règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait ce droit et *ne* constituerait *pas* une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons; en italique dans l'original.]

37 En d'autres mots, un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité des Mi'kmaq d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté mi'kmaq titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit et n'a donc pas à satisfaire au critère de justification établi dans *Badger*.

38 Parmi les autres limites qui ressortent clairement de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mentionnons la nature locale des traités, la nature communale du droit issu du traité et le fait que ce n'est qu'aux ressources halieutiques et fauniques ainsi qu'aux choses traditionnellement visées par les activités de cueillette telles que les baies et autres fruits sauvages qu'on a confirmé l'accès. Pour ce qui est des inquiétudes de la Coalition à propos des droits de pêche de ses membres, on souligne, au par. 38 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, la conclusion du juge du procès que, pendant plus de 200 ans avant les traités de 1760 et 1761, les Mi'kmaq avaient pratiqué la pêche afin de pouvoir commercer avec des non-autochtones. Dès le départ, les droits issus des traités de 1760 et 1761 ont donc coexisté avec les activités de pêche commerciale et sportive des non-autochtones. Au paragraphe 42 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on reconnaît que, contrairement aux ressources halieutiques plus limitées d'aujourd'hui, le poisson était perçu comme une ressource «inépuisable» en 1760. Sur ce point, l'observation suivante est faite, au par. 53 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999:

Dans *Simon* [*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387], à la p. 402, il a été établi que les clauses des traités doivent être interprétées «d'une manière

souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales», et dans *Sundown* [*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393], au par. 32, on a confirmé que les tribunaux ne doivent pas employer une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits issus de traités.

Le droit issu de traité qui permettait aux Mi'kmaq de participer en 1760 à une pêche commerciale largement non réglementée a évolué pour devenir un droit issu de traité leur permettant de participer à la pêche commerciale largement réglementée des années 1990. La notion de partage équitable semble avoir l'aval de la Coalition, qui souligne, dans son argumentation écrite dans la présente requête, [TRADUCTION] «l'importance égale que revêt l'industrie de la pêche et pour les Mi'kmaq et pour les non-Mi'kmaq». Dans sa réplique, la Coalition affirme qu'elle a amorcé des discussions [TRADUCTION] «avec des représentants de la bande Acadia et de la bande de Bear River dans le Sud-Ouest de la Nouvelle-Écosse, qu'elle est fière du fait que ces discussions ont été productives et qu'il y a des raisons d'espérer qu'elles vont conduire à une participation harmonieuse et mutuellement avantageuse à la pêche commerciale du homard par les membres de ces bandes». De même, le droit qui est accordé par le traité aux Mi'kmaq de chasser des espèces sauvages et d'en faire le commerce n'est pas aujourd'hui, pas plus d'ailleurs qu'il ne l'était en 1760, un droit de chasser à *des fins commerciales* qui doit être satisfait avant que les non-autochtones puissent avoir accès aux mêmes ressources à des fins sportives ou commerciales. En 1999, tout comme en 1760, l'important est d'assurer aux Mi'kmaq un accès équitable aux ressources mentionnées afin qu'ils puissent en tirer une subsistance convenable. À cet égard, les droits issus de traités diffèrent des droits ancestraux en ce que, par définition, les seconds étaient exercés *exclusivement* par les Autochtones avant le contact avec les Européens.

une subsistance convenable ou les autres restrictions qui ne découlent pas intrinsèquement de la nature limitée du droit issu de traité lui-même doivent être justifiées selon le critère établi dans *Badger*.

40 b) *L'objectif prépondérant de la réglementation est la conservation de la ressource. Cette responsabilité incombe carrément au ministre et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource. L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a fait état de l'arrêt Sparrow, précité, qui a confirmé le pouvoir prépondérant du gouvernement d'agir aux fins de conservation des ressources. Ce principe a été réitéré dans les arrêts R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723, Nikal, précité, Adams, précité, R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139, et Delgamuukw, précité, qui sont tous mentionnés dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.*

41 c) *Le pouvoir du ministre s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation. Le pouvoir de réglementation du ministre ne se limite pas à la conservation. Ce fait est reconnu par l'appelant Marshall dans les observations qu'il a présentées en opposition à la requête de la Coalition. Ce dernier reconnaît [TRADUCTION] «qu'il est clair que des restrictions peuvent être imposées pour conserver les espèces ou les stocks exploités et pour assurer la sécurité du public». L'avocat de Marshall poursuit en disant ceci: [TRADUCTION] «De même, les préférences des Autochtones en matière de récolte des ressources, ainsi que la dépendance d'une communauté ou d'une région non autochtone vis-à-vis d'une ressource donnée peuvent être prises en compte dans l'élaboration des régimes de réglementation» (nous soulignons). Dans *Sparrow*, précité, à la p. 1119, notre Cour a dit ceci: «Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des*

facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification.» Il appartient à l'État d'indiquer quels sont les mécanismes de contrôle ou de surveillance justifiés aux fins de gestion de la ressource, et de préciser pourquoi ils sont justifiés. Dans l'arrêt *Gladstone*, précité (et mentionné au par. 57 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), le Juge en chef a fait des observations sur les différences qui existent entre la pêche *de subsistance* autochtone et la pêche *commerciale* autochtone, et il a dit ceci, au par. 75:

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Italiques et soulignement dans l'original.]

Cette observation s'applique avec une pertinence particulière dans les cas des droits issus de traités. Le droit ancestral en litige dans *Gladstone*, précité, était par définition exercé exclusivement par les Autochtones avant le contact avec les Européens. Comme il a été indiqué précédemment, aucune exclusivité de cette nature n'a jamais caractérisé le droit issu de traité en cause dans la présente affaire. Bien que nous prenions note de la reconnaissance par l'appelant Marshall du fait que [TRADUCTION] «la dépendance d'une communauté ou d'une région non autochtone vis-à-vis d'une ressource donnée p[uisse] être pris[e] en compte dans l'élaboration des régimes de réglementation», ainsi que les énoncés dans l'arrêt *Gladstone*, précité, qui étayaient cette opinion, la Cour tient à nouveau à souligner qu'elle n'était pas et qu'elle n'est pas saisie de la question du bien-fondé du détail d'un régime de réglementation donné.

42 Dans le cas d'un droit issu de traité qui peut être exercé sur une échelle commerciale, les Autochtones ne sont qu'un des groupes participants, et, comme il a été dit dans *Gladstone*, précité, la prise en compte des intérêts des non-autochtones peut, lorsque les circonstances le justifient, constituer un objectif tout à fait légitime. La proportionnalité est un facteur important. Dans sa demande de nouvelle audience, la Coalition a déclaré que la pêche au homard est la pêche [TRADUCTION] «à laquelle [ses] membres s'adonnent principalement et qui a suscité la controverse la plus sérieuse en ce qui a trait à l'exercice du droit issu du traité, depuis le dépôt des motifs du jugement». En réponse, on a déposé en preuve le témoignage par affidavit du D^r Gerard Hare, biologiste des pêches possédant une trentaine d'années d'expérience. L'exactitude du témoignage du D^r Hare n'a pas été contestée en réplique par la Coalition. Le D^r Hare a estimé à environ 1 885 000 le nombre de casiers à homard déposés chaque année dans les eaux côtières par les pêcheurs non autochtones des provinces de l'Atlantique, à l'exclusion de Terre-Neuve, et que, [TRADUCTION] «[p]our mettre les choses en perspective, les récentes activités de pêche commerciale des Autochtones apparaissent comme infimes en comparaison». Constituerait un élément significatif la démonstration que, globalement, les activités de pêche alimentaire des Autochtones ainsi que leurs activités limitées de pêche commerciale ne constituent qu'un «infime» pourcentage des prises annuelles d'une espèce donnée, le homard par exemple, par les pêcheurs commerciaux non-autochtones, sans oublier cependant que des activités de pêche «infimes» à l'échelle d'une province ou d'une région pourraient néanmoins soulever des problèmes de conservation au niveau local si elles sont concentrées dans des champs de pêche vulnérables.

43 d) *Les peuples autochtones ont le droit d'être consultés à propos des restrictions à l'exercice des droits ancestraux ou issus de traités.* La Cour a souligné l'importance de la consultation des peuples autochtones dans le contexte de la

justification. La règle suivante a été mentionnée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1114, puis réitérée dans *Badger*, précité, au par. 97:

Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Ces rapports spéciaux de fiduciaire comportent le droit pour les bénéficiaires du traité d'être consultés à l'égard des restrictions de leurs droits, quoique, comme il a été dit dans *Delgamuukw*, précité, au par. 168:

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances.

Cette obligation pourrait varier en raison de circonstances telles que la gravité et la durée de la restriction proposée, ou le fait que le ministre soit ou non contraint d'agir pour répondre à une situation imprévue ou urgente. Comme il a été expliqué, si les consultations n'aboutissent pas à une entente, la question du caractère approprié de la mesure proposée par le gouvernement devra être tranchée par les tribunaux.

44 e) *En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu'il puisse justifier leur utilisation pour limiter l'exercice d'un droit issu de traité.* Si le ministère public établit que les limites auxquelles est assujéti l'exercice du droit issu du traité ont été imposées pour répondre à un objectif d'intérêt public réel et impérieux, à la suite de consultations appropriées avec la communauté autochtone et que ces limites ne vont pas au-delà de ce qui est requis, il est possible que le recours aux mêmes techniques de conservation et de gestion des ressources que celles utilisées dans le cas de la pêche pratiquée par les

pêcheurs non autochtones soit déclaré justifié. De même, toutefois, les préoccupations et les propositions des communautés autochtones doivent être prises en compte et pourraient entraîner le recours à des techniques différentes de conservation et de gestion à l'égard de l'exercice du droit issu de traité.

45 Dans son argumentation écrite dans le présent pourvoi, la Coalition a également plaidé qu'aucun droit issu de traité ne devrait [TRADUCTION] «avoir pour effet d'écarter involontairement de toute activité de pêche commerciale quelque participant non autochtone», et que «ni les rédacteurs de la Constitution ni les juges qui l'interprètent ne sont les personnes indiquées pour prescrire qui peut ou non pêcher à des fins commerciales». Le premier argument revient à dire que les droits ancestraux ou issus de traités ne devraient être reconnus que dans les cas où cette reconnaissance ne cause aucun dérangement ou inconvénient aux non-autochtones. Suivant cet argument, si un droit issu de traité est source de dérangements, il faudrait en dénier l'existence ou le déclarer inopérant. Il ne s'agit pas là d'un principe juridique mais d'un argument de nature politique. Qui plus est, il s'agit d'un argument politique qui a été expressément rejeté par les dirigeants politiques lorsqu'ils ont décidé d'inclure l'art. 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les auteurs démocratiquement élus de la *Loi constitutionnelle de 1982* y ont expressément indiqué, à l'art. 35, que «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus *et confirmés*» (italiques ajoutés). Les tribunaux ont l'obligation de donner effet à cet engagement national. Le fait d'entendre à nouveau le présent pourvoi afin de réexaminer des principes aussi fondamentaux et incontestables ne servirait aucune fin utile.

6. . . . conformément à l'art. 27 des Règles de la Cour suprême du Canada, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience

46 Aucun gouvernement n'a demandé, à quelque étape du présent pourvoi, que ce soit avant ou après le 17 septembre 1999, qu'il soit sursis à l'exécution du jugement. La Coalition demande un tel sursis sur le fondement de sa thèse que le jugement aurait créé de grands vides dans le régime de réglementation. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, cette thèse semble reposer sur une méprise quant à ce qui a été décidé le 17 septembre 1999. L'acquiescement de l'appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l'on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi. La requête demandant qu'il soit sursis à la prise d'effet de l'acquiescement prononcé le 17 septembre 1999 est par conséquent rejetée.

Sursis d'exécution visant les effets généraux de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999

47 Dans l'éventualité où la procureure générale du Canada intimée ou le procureur général du Nouveau-Brunswick intervenant déciderait qu'il est dans l'intérêt du public de demander à notre Cour qu'elle sursoie à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation du droit issu de traité des Mi'kmaq prononcées dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tout en maintenant l'acquiescement de l'appelant, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

Dispositif

48 La requête de la Coalition est rejetée avec dépens.

Requête rejetée.

Procureurs de la requérante la West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.

Procureur de Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner (Nouvelle-Écosse).

Procureur de Sa Majesté la Reine, intimée à la requête: La procureure générale du Canada, Ottawa.

Procureurs du Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Procureurs de l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête: Getty, Bear, Fredericton.