



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : R. c. Morris, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59

DATE : 20061221

DOSSIER : 30328

ENTRE :

Ivan Morris et Carl Olsen

Appelants

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

- 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,
Première nation de Eagle Village (Migizy Odenaw), bande indienne de Red Rock,
Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association,
Chef Allan Claxton et Chef Roger William**

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron

MOTIFS DE JUGEMENT CONJOINTS Les juges Deschamps et Abella (avec l'accord des juges Binnie et Charron)
:
(par. 1 à 61)

MOTIFS CONJOINTS DISSIDENTS : La juge en chef McLachlin et le juge Fish (avec l'accord du juge Bastarache)
(par. 62 à 140)

R. c. Morris, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59

Ivan Morris et Carl Olsen

Appelants

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

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, Première Nation de
Eagle Village (Migizy Odenaw), bande indienne de Red Rock,
Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association,**

chef Allan Claxton et chef Roger William

Intervenants

Répertoire : R. c. Morris

Référence neutre : 2006 CSC 59.

N° du greffe : 30328.

2005 : 14 octobre; 2006 : 21 décembre.

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

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

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droit de chasse — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Le droit de chasse issu d'un traité comprend-il le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse? — Les mesures législatives provinciales d'application générale portent-elles atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles applicables à la bande par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 29 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

Droit constitutionnel — Indiens — Loi provinciale sur la faune — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Les mesures législatives provinciales d'application générale qui sont valides sont-elles inapplicables à la bande du fait qu'elles portent atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles néanmoins applicables par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e).

Les accusés, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, étaient en train de chasser de nuit lorsqu'ils ont tiré sur un leurre en forme

de cerf que des agents de conservation provinciaux avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été arrêtés et accusés de plusieurs infractions prévues par la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, dont les suivantes : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Au procès, pour leur défense contre les accusations fondées sur le par. 27(1), les accusés ont fait valoir leur droit de « chasser sur les terres inoccupées [. . .] comme autrefois » que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Selon le juge du procès, « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux ». Toutefois, malgré la preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, il a statué que les accusés ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est « intrinsèquement dangereuse ». Il a inscrit des déclarations de culpabilité relativement au premier chef d'accusation, a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant le deuxième chef en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour le même délit et a inscrit des acquittements relativement au troisième chef. Le juge d'appel des poursuites sommaires et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de la chasse nocturne (al. 27(1)d)).

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements sont inscrits.

Les juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron : Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par le Traité de Saanich nord. Il ressort du contexte historique que l'intention des parties était d'englober dans le traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres. L'une de ces pratiques est la chasse nocturne et, comme l'a admis le juge du procès, la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip comprend, aujourd'hui comme toujours, la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. Même interprété littéralement, le texte du traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du traité et dans la période qui l'a précédé. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils employés avant le traité jusqu'aux instruments actuels, et l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. Cependant, il est reconnu que l'intention commune des parties ne pouvait pas être d'accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cela est confirmé par le texte du traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. Étant donné que la Colombie-Britannique est une province très vaste, on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le traité et qui est en cause en l'espèce. Par conséquent, alors que l'art. 29 de la *Wildlife Act*, lequel interdit de chasser ou de piéger « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones, les al. 27(1)d) et e), qui s'appliquent sans exception à l'ensemble de la province, ont une portée trop générale et

portent atteinte au droit de chasse conféré par traité. Sans aller jusqu'à l'interdiction absolue de la chasse nocturne, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. [14] [25-35] [40] [59]

Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides selon le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné que les droits de chasse issus de traités relèvent clairement de la compétence fédérale, les lois provinciales d'application générale qui sont inapplicables parce qu'elles touchent à l'« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Même si on ne peut, de prime abord, recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités, les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Les lois provinciales d'application générale qui entravent de façon négligeable l'exercice d'un droit issu d'un traité ne portent pas atteinte à ce droit. Toutefois, si on conclut qu'une disposition législative provinciale entre en conflit avec un traité d'une manière qui constitue une atteinte à première vue, comme c'est le cas des al. 27(1)d) et e), la protection des droits issus de traités prévaut et la règle de droit provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. [42-46] [50] [54]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish (dissidents) :
L'interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu (al. 27(1)d)) est une mesure législative provinciale valide qui s'applique aux accusés. [82]

La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédéral, comme les Indiens, mais porte

plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L'interdiction de la chasse nocturne fait partie intégrante d'un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidants de la province. Étant donné que cette mesure législative n'est pas incompatible avec la législation fédérale, la règle de la prépondérance n'est pas applicable. Enfin, la loi provinciale d'application générale qui ne touche ni à un droit issu d'un traité ni autrement à l'essentiel de l'indianité s'applique d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. N'empiéteraient pas sur le droit issu d'un traité les mesures législatives provinciales qui outrepassent ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées. [82] [87] [92]

Les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties. Le droit de chasse protégé par le traité comporte une limite intrinsèque : il n'inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. Il doit plutôt être exercé de façon raisonnable. Même si, à l'époque de la signature du traité, la chasse nocturne ne présentait pas les mêmes dangers qu'aujourd'hui, les parties au traité devaient comprendre que le droit de chasser n'englobe pas le droit de chasser dangereusement. Par ailleurs, tout comme les méthodes et moyens employés pour l'exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l'être non plus. Adapter l'exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. [82] [108] [110] [115]

En l'espèce, l'al. 27(1)d) de la *Wildlife Act* régleme la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit conféré par traité aux accusés. L'interdiction de la chasse nocturne avec une arme à feu est l'exercice raisonnable du pouvoir de

réglementation de la province pour définir cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Par conséquent, comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que les règles de droit provinciales ne touchent pas autrement à l'indianité, elles s'appliquent d'elles-mêmes. [82] [129] [132]

Jurisprudence

Citée par les juges Deschamps et Abella

Arrêts appliqués : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; **arrêts mentionnés :** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 55; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524; *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260; *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260; *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 289, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2^e) 313, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318; *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181; *R. c. Machimity*,

[1996] O.J. No. 4365 (QL); *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2^e) 72, 2005 NBQB 137.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

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

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.

Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 28(1), 29.

Traités

Traité de Saanich nord de 1852.

Doctrine citée

Wilkins, Kerry. « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Huddart et Thackray) (2004), 194 B.C.A.C. 107, 317 W.A.C. 107, 25 B.C.L.R. (4th) 45, 237 D.L.R. (4th) 693, [2004] 2 C.N.L.R. 219, [2004] 5 W.W.R. 403, [2004] B.C.J. No. 400 (QL), 2004 BCCA 121, qui a confirmé une décision du juge Singh, [2002] 4 C.N.L.R. 222, [2002] B.C.J. No. 1292 (QL), 2002 BCSC 780, qui avait confirmé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Higinbotham, [1999] B.C.J.

No. 3199 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents.

Louise Mandell, c.r., Ardith Wal'petko We'dalx Walkem, Bruce Elwood et Michael Jackson, c.r., pour les appelants.

Lisa J. Mrozinski et Paul E. Yearwood, pour l'intimée.

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

Ria Tzimas et Elaine M. Atkinson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Sandra C. M. Folkins et Angela Edgington, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Diane Soroka, pour l'intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw).

Harley I. Schachter, pour l'intervenante la bande indienne de Red Rock.

Michel Beaupré et *Simon Picard*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes* et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Jack Woodward* et *David M. Robbins*, pour l'intervenant le chef Allan Claxton.

Argumentation écrite seulement par *David M. Rosenberg*, *Patricia Hutchings* et *Jay Nelson*, pour l'intervenant le chef Roger William.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

1 LES JUGES DESCHAMPS ET ABELLA — Il s'agit en l'espèce de déterminer si un gouvernement provincial agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution peut porter atteinte aux droits issus de traités et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

2 En 1852, James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver, représentant la Couronne britannique, a garanti par traité à la Nation saanich qu'elle aurait

[TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Ivan Morris et Carl Olsen, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, ont été accusés, entre autres, en vertu des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1982, ch. 57, d'avoir pratiqué une activité que, comme l'a souligné le juge du procès, les Tsartlip pratiquent [TRADUCTION] « depuis des temps immémoriaux » : la chasse nocturne de subsistance à l'aide d'une source lumineuse.

3 MM. Morris et Olsen ont fait valoir pour leur défense contre les accusations fondées sur l'art. 27 le droit de chasse que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852 (« Traité »). La Couronne leur reconnaît le droit de chasse, mais affirme la validité de l'interdiction de la chasse nocturne. MM. Morris et Olsen répliquent qu'ils observaient des pratiques de chasse sécuritaires et que la réglementation provinciale ne peut toucher à leur droit issu d'un traité.

4 Nous concluons en l'espèce que le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par traité. Alors que l'interdiction de chasser dangereusement prévue à l'art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit issu d'un traité, l'interdiction absolue de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse prévue à l'art. 27 a une portée trop générale, car elle vise à la fois la chasse dangereuse et la chasse sécuritaire et, dans le cas des chasseurs autochtones, elle porte atteinte à leur droit issu d'un traité.

5 Selon la preuve présentée au procès, la traditionnelle chasse nocturne autochtone à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a encore, à ce que l'on sache, causé aucun accident de la part des chasseurs. À notre avis, les al. 27(1)d) et

e) de la *Wildlife Act*, même s'ils font partie d'une loi provinciale d'application générale qui est valide, interdisent l'exercice d'un droit protégé par traité et sont inapplicables en l'espèce. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

1. Contexte

6 MM. Morris et Olsen ont été arrêtés le 28 novembre 1996 sur l'île de Vancouver pour avoir enfreint des interdictions énoncées dans la *Wildlife Act* : avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et — dans le cas de M. Olsen seulement — avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (par. 28(1)).

7 La poursuite contre MM. Morris et Olsen a été intentée dans le contexte d'une nouvelle politique administrative de la Couronne provinciale, qui agit par l'intermédiaire des agents de conservation. Selon la preuve, les Tsartlip pratiquaient la chasse nocturne depuis des générations jusqu'à ce que les accusations soient portées en l'espèce. Ils avaient reçu du ministre des Forêts, David Zirnhelt, la confirmation qu'aucune poursuite ne serait engagée relativement à l'exercice des droits de chasse et de pêche garantis par le Traité. Se fondant sur ces assurances, les Tsartlip ont convenu avec Doug Turner, agent principal chargé de l'exécution de la loi, service des agents de conservation de l'île de Vancouver, qu'en cas d'inculpation d'un bénéficiaire du Traité relativement à la chasse nocturne, celui-ci téléphonerait à M. Turner. Le chasseur en question serait remis en liberté dès que son

appartenance à la Nation saanich aurait été confirmée à M. Turner. Cette entente aurait, semble-t-il, pris fin avec le départ à la retraite de M. Turner en 1996.

8 En novembre de la même année, peu après le départ de M. Turner, un agent de conservation a été invité comme conférencier à une réunion d'un club de chasse et pêche, où des membres se sont dits mécontents du fait que des Indiens chassaient la nuit. On a rapidement monté une opération leurre pour piéger les chasseurs nocturnes. C'est ainsi que MM. Morris et Olsen ont été arrêtés et inculpés. Les Tsartlip n'ont pas été prévenus de la tenue de l'opération, et il n'y a eu aucune discussion après les mises en accusation.

9 Le procès à la Cour provinciale a duré cinq jours. MM. Morris et Olsen ont invoqué, comme moyen de défense général contre les accusations, les droits que leur confère le Traité. L'agent de conservation a reconnu que les préoccupations relatives à la sécurité sont inversement proportionnelles à l'éloignement et à la densité de la population.

10 MM. Morris et Olsen ont présenté la preuve que la chasse nocturne fait partie de la tradition des Tsartlip et qu'elle est pratiquée de façon sécuritaire depuis des générations. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Ils se sont fait prendre par des agents de conservation provinciaux, qui se sont servis d'un leurre mécanique en forme de cerf à queue noire. Le leurre était installé sur des terres inoccupées, à 20 m d'une route en gravier. Selon le témoignage d'un des agents de conservation, l'endroit était choisi pour ses caractéristiques sécuritaires. L'agent Gerald Brunham a expliqué ainsi le choix de l'emplacement :

[TRADUCTION]

Q Y avait-il des résidences dans ce voisinage?

R Aucune dans un rayon de deux kilomètres.

Q Et vous avez choisi cet endroit précis pour ses caractéristiques sécuritaires?

R Oui.

Q N'est-il pas exact qu'à cet endroit il n'y avait pas de propriété privée, pas de campement, pas d'habitation dans le rayon de la trajectoire d'une balle?

R Oui.

Q Et vous avez choisi ce versant précisément pour que la balle qui traverserait le leurre aboutisse dans une colline et dans les arbres?

R C'est exact.

11 Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux » ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 19). Toutefois, malgré la

preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, le juge a statué que MM. Morris et Olsen ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est [TRADUCTION] « intrinsèquement dangereuse » (par. 25).

12 Ils ont tous deux été reconnus coupables d'avoir, en contravention de l'al. 27(1)d), chassé pendant les heures interdites, et M. Olsen a été reconnu coupable d'avoir, en violation du par. 28(1), déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur. Cependant, malgré sa conclusion que la chasse nocturne était intrinsèquement dangereuse, le juge du procès a acquitté les appelants relativement à l'accusation d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Il a aussi ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation de l'al. 27(1)e), selon la règle énoncée dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

13 Les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de chasser la nuit (al. 27(1)d)) ont été confirmées par un juge d'appel des poursuites sommaires ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780) et par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Lambert étant dissident ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121). Les seules dispositions en litige en l'espèce sont les al. 27(1)d) et e).

2. Analyse

14 Le cadre d'analyse de la présente espèce peut être scindé en deux parties. La première étape consiste à décider si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* portent atteinte à un droit issu d'un traité. Pour ce faire, il faut définir la portée du droit issu d'un traité invoqué par MM. Morris et Olsen et ainsi que les limites de ce droit. Nous reconnaissons d'emblée qu'aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l'art. 29 de cette loi, lequel interdit de chasser ou de piéger [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones. La question en litige est celle des limites imposées par les al. 27(1)d) et e). À notre avis, ces interdictions, présentées comme des mesures de sécurité pour les Tsartlip, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse issu d'un traité.

15 La seconde étape consiste à déterminer la validité et l'applicabilité des dispositions contestées de la *Wildlife Act*, selon le partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. À notre avis, étant donné que les al. 27(1)d) et e) sont incompatibles avec le Traité, ils ne s'appliquent pas à MM. Morris et Olsen, que ce soit directement d'eux-mêmes comme règles de droit provinciales, ou encore comme règles de droit fédérales incorporées par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

2.1 *Évolution du droit issu d'un traité*

16 Entre 1850 et 1854, 14 traités ont été conclus avec des bandes vivant sur l'île de Vancouver. On a fini par les appeler Traités de Douglas, en l'honneur de James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver à l'époque. Le Traité, à lui seul, couvre une superficie d'environ 22 000 hectares s'étendant sur des terres qui sont en partie inhabitées et en partie habitées.

17 En contrepartie des terres cédées par les Saanich sur l'île de Vancouver, la Couronne a pris certains engagements envers eux, notamment le respect de la garantie suivante :

[TRADUCTION] [I] est [. . .] entendu que nous [les Saanich] avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois. [Nous soulignons.]

Cet engagement figurait selon le même libellé dans chacun des 14 traités.

18 La formulation « nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées » qui figure dans le Traité donne un exemple de la pauvreté et du caractère souvent vague des expressions utilisées dans le cadre d'un traité historique. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n° 1* »), par. 78, la juge McLachlin, dissidente pour d'autres motifs, a affirmé que « [l']interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature ». Cela veut dire qu'il faut placer dans leurs contextes historique, politique et culturel les promesses figurant dans le traité afin de

dégager l'intention commune des parties et les intérêts qu'elles voulaient concilier à l'époque.

19 Les Traités de Douglas sont le fruit d'ententes verbales que les représentants de la Couronne ont couchées par écrit. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a bien documenté le contexte historique de ces traités dans trois arrêts : voir *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; et *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79. Ce contexte historique atteste l'intention prépondérante de protéger par le Traité les modes de chasse traditionnels des Saanich.

20 Premièrement, il était dans l'intérêt de toutes les parties de préserver les modes de chasse et de pêche traditionnels chez les Tsartlip et d'autres bandes visées par les Traités de Douglas. Le juge Lambert a affirmé dans *Bartleman*, p. 90 :

[TRADUCTION] [À] l'époque des traités, le gouvernement colonial veillait à ne pas perturber les Indiens dans leurs activités de subsistance traditionnelles. C'était dans l'intérêt du gouvernement de la colonie de l'île de Vancouver et des Indiens que ceux-ci puissent subvenir à leurs besoins selon leur mode de vie traditionnel.

21 L'intérêt du gouvernement colonial à préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip reflétait les réalités économiques et démographiques de la région, y compris les préoccupations concernant la sécurité des colons, qui étaient en faible nombre. Le juge Norris a résumé ces impératifs dans *White*, p. 657 :

[TRADUCTION] [À] l'époque de Douglas, il était particulièrement important pour le maintien de l'ordre public que les droits des Indiens soient respectés et interprétés libéralement en leur faveur, non seulement pour l'application régulière de la loi, mais aussi pour la sécurité des colons, qui n'étaient qu'une petite minorité d'au plus 1 000 personnes, alors qu'il y avait 30 000 Indiens dans l'île de Vancouver uniquement, sans compter les tribus guerrières du Nord de l'île, qui représentaient une menace d'incursion constante et contre lesquels les liens d'amitié avec les Indiens de la région assuraient une certaine sécurité.

22 Deuxièmement, le dossier historique révèle que le gouverneur Douglas a fait comprendre aux peuples indiens avec qui il concluait des traités que ceux-ci leur garantiraient le droit de continuer à chasser comme auparavant. Dans la lettre qu'il a adressée au secrétaire aux Affaires coloniales le 16 mai 1850, M. Douglas a écrit :

[TRADUCTION] J'ai informé les indigènes qu'ils ne seraient pas inquiétés dans la possession de leurs villages et de leurs prés enclos, qui sont de faible étendue, et qu'ils avaient toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher en jouissant de la même liberté que lorsqu'ils étaient les seuls occupants du pays. [Nous soulignons.]

(Voir *White*, p. 651.)

23 M. Douglas a écrit une confirmation similaire au président et aux députés de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] Il fallait assurer [aux Indiens] la protection de leur droit originaire de pêcher sur les côtes et dans les baies de la Colonie, et de chasser sur toutes les terres inoccupées de la Couronne; il fallait aussi leur garantir la jouissance de leurs villages et champs cultivés.

(*Bartleman*, p. 89)

24 Ces confirmations de M. Douglas à des tiers sont d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, le traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit.

Les promesses verbales lors de la conclusion du traité font autant partie du traité que le texte écrit : voir *Marshall n° 1*, par. 12.

25 Les promesses de M. Douglas confirment l'intention des parties d'englober dans le Traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres sur l'île de Vancouver.

26 L'une de ces pratiques est la chasse nocturne. Le juge du procès a admis [TRADUCTION] « l'existence de nombreux éléments de preuve confirmant que la chasse nocturne est reconnue aux Tsartlip aussi bien avant qu'après le Traité » (par. 18). Sa conclusion la plus importante au sujet de la chasse nocturne est qu'elle se pratique, aujourd'hui comme toujours, à l'aide d'une source lumineuse :

[TRADUCTION] La chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux. [par. 19]

27 Cette conclusion reflète le témoignage de Tom Sampson, un membre de la bande indienne des Tsartlip qui a passé 56 années des 65 années de sa vie à chasser. Il a décrit les diverses façons dont la source lumineuse était traditionnellement employée pour la chasse nocturne, notamment :

[TRADUCTION] . . . une lampe à carbure, comme celles qu'utilisaient les mineurs, et avant cela, nous utilisons — pour la pêche, nous utilisons la partie concave de notre canot ainsi que de la résine d'arbres et des bâtons que nous coupions, façonnions et mettions devant le canot pour servir de lumière pour la chasse et la pêche.

28 Comme nous l'avons déjà mentionné, selon la disposition pertinente du Traité, les Tsartlip ont [TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Nul ne conteste, du moins pour les besoins du présent pourvoi, que le terme « comme autrefois » s'applique tant au membre de phrase concernant la pêche qu'à celui concernant la chasse.

29 Comme la juge McLachlin l'a affirmé dans *Marshall n° 1*, par. 78, « [i]l faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l'époque » et « [l]es traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones ». Même interprété littéralement, le texte du Traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du Traité et dans la période qui l'a précédé. Il est évident que les méthodes de chasse employées par les Tsartlip « depuis des temps immémoriaux » en font partie.

30 Depuis 1852, les outils utilisés par les Tsartlip pour la chasse nocturne ont évolué. Des bâtons enduits de résine aux projecteurs et des canots aux camions, les outils et méthodes employés pour la chasse nocturne ont changé avec le temps. Toutefois, ces changements n'enlèvent rien aux droits conférés par le Traité. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils

employés avant le Traité jusqu'aux instruments actuels. Comme l'a fait observer la juge en chef McLachlin dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25 :

. . . les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s'agit d'établir si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité [. . .] L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques.

31 Ce point de vue a fait en sorte que, dans d'autres affaires, la Cour a reconnu, par exemple, que la chasse à la carabine représente la forme actuelle d'un droit dont les origines remontent à la chasse à l'arc (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387) et que le droit issu d'un traité de construire une cabane en rondins pour la chasse découle de l'utilisation antérieure d'abris en appentis recouverts de mousse (*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393).

32 La preuve en l'espèce établit clairement que l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. M. Morris a dit dans son témoignage que les Tsartlip chassaient la nuit à l'aide de

[TRADUCTION] ce qu'ils appelaient des torches, et ce sont nos aînés qui chassaient qui m'ont raconté cette histoire — qu'ils pratiquaient le même type

de chasse à l'aide de bâtons dont l'extrémité était trempée dans la résine, [mais que les Tsartlip ont] par la suite utilisé de nouveaux outils comme le projecteur et le fusil, grâce auxquels il est maintenant plus facile pour nous de chasser. Et maintenant nous nous déplaçons à l'aide de nos véhicules au lieu de le faire à pied ou en canot.

33 Cette preuve révèle que les armes ainsi que les moyens de transport et d'éclairage employés pour la chasse sont devenus plus modernes. Toutefois, l'évolution des méthodes ne change pas le caractère essentiel de la pratique, à savoir la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. C'est la chasse pratiquée la nuit à l'aide d'une source lumineuse qui est préservée et protégée par le Traité, et non la chasse pratiquée la nuit avec un *type* particulier d'arme et de source lumineuse. Cette conclusion est dictée par l'intention commune des parties au Traité, telle qu'elle se dégage du contexte dans lequel celui-ci a été conclu. La disposition relative à la chasse avait pour but de préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip, y compris leurs moyens de subsistance. Elle visait également à rendre service aux colons, qui à l'époque avaient intérêt à être amis avec les Indiens, groupe majoritaire sur l'île de Vancouver.

34 La meilleure façon de servir chacun de ces intérêts était de veiller simultanément à la protection des colons et au maintien des méthodes de chasse traditionnellement employées par les Tsartlip. L'intention commune qui concilie le mieux les intérêts des parties est celle qui fait entrer dans le champ d'application du Traité le droit de chasse que les Tsartlip ont toujours eu. Ce droit comprend le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse.

35 Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous reconnaissons que l'intention commune des parties ne pouvait pas être d'accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cette limitation du droit issu du traité découle de l'intérêt des Britanno-Colombiens à ce que leur sécurité personnelle ne soit pas menacée. Elle est aussi confirmée par le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux [TRADUCTION] « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. La Colombie-Britannique est une province très vaste, et on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le Traité et qui est en cause en l'espèce.

36 Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n° 2* »), par. 37, la Cour a énoncé, qu'« un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité [. . .] d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté [. . .] titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit » (soulignement omis). De même, comme il est indiqué dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, « un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir ».

37 Il s'agit donc de savoir comment reconnaître et définir les limites intrinsèques d'un droit issu d'un traité. La nature consensuelle des droits issus de traités ainsi que leur origine et leur structure particulières commandent une attitude respectueuse. Il faut évaluer chaque disposition législative pour déterminer si, compte tenu de la preuve historique, elle est conforme à l'intention commune des parties au traité.

38 La meilleure façon de concilier les intentions des parties est celle qui permet de préserver le plus possible les pratiques de chasse anciennes que les Tsartlip considéraient comme faisant partie du droit de chasser en « toute liberté » garanti par le Traité, sous réserve seulement de ne pas mettre en danger la vie ou la propriété d'autrui. Par conséquent, il faut au moins éviter d'interpréter de façon trop large la limitation en matière de sécurité prévue dans le Traité, au point d'exclure *totale*ment la chasse nocturne. L'intention commune des parties ne pouvait pas être d'interdire complètement la chasse nocturne, méthode de chasse de subsistance reconnue depuis longtemps.

39 On ne peut pas non plus affirmer qu'une interdiction générale devrait maintenant être implicite en droit. Si la chasse nocturne est dangereuse dans certaines circonstances, elle peut (et devrait) faire l'objet de poursuites en vertu de l'art. 29. En l'espèce, les appelants ont été acquittés relativement à la chasse dangereuse. La limite implicite dont l'existence est admise par nos collègues la Juge en chef et le juge Fish entrave, par sa portée, l'exercice du droit consacré depuis longtemps au lieu de permettre qu'il soit exercé sous réserve seulement de limites rationnelles. On ne peut se contenter d'interdire complètement l'utilisation de méthodes de chasse protégées par traité du simple fait que dans certains cas elles pourraient être dangereuses. Toute forme de chasse, quel que soit le moment de la journée, est potentiellement dangereuse.

40 L'interdiction générale prévue aux al. 27(1)d) et e) s'applique, naturellement, dans toute la Colombie-Britannique, y compris les vastes régions de l'intérieur. La partie nord de la province est principalement inhabitée, sauf par des Autochtones, et il y a des régions où, même eux, on ne les voit qu'à l'occasion. Conclure que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout dans la province ne cadre pas avec la

réalité et, soit dit en tout respect, n'est pas une raison valable pour limiter le droit issu d'un traité.

2.2 *Partage constitutionnel des compétences*

41 Ayant conclu que les droits conférés par traité aux Tsartlip comprennent le droit de chasser la nuit et à l'aide d'une source lumineuse, nous devons maintenant examiner la question de savoir si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* peuvent quand même s'appliquer dans l'optique du partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu du par. 91(24), le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer sur les questions concernant « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les lois provinciales qui, de par leur caractère véritable, relèvent de ce chef de compétence constituent un excès de pouvoir et sont donc invalides (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 67). Toutefois, les lois provinciales d'application générale qui sont adoptées selon un chef de compétence provincial et dont les effets à l'égard des Indiens ne sont qu'accessoires sont dans la limite des pouvoirs et sont donc valides.

42 En l'espèce, il ne fait aucun doute que les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides qui relèvent de la catégorie propriété et droits civils dans la province prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, les lois provinciales valides ne s'appliqueront pas si elles portent atteinte à une « partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens » (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, p. 1047). Ainsi, les lois provinciales d'application

générale ne peuvent pas porter atteinte à l'« indianité ». (Voir, par exemple, *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326.)

43 Les droits de chasse issus de traités relèvent clairement de la compétence fédérale sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans *Simon*, p. 411 :

On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens.

La Cour a déjà jugé inapplicables à certains peuples autochtones des lois provinciales d'application générale qui portent atteinte aux droits de chasse issus de traités. (Voir, par exemple, *Simon*, p. 410-411, et *Sundown*, par. 47.) Par ailleurs, les lois provinciales d'application générale qui sont inapplicables parce qu'elles touchent à l'« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

2.3 Article 88 de la Loi sur les Indiens

44 L'article 88 reflète l'intention du législateur d'éviter les effets de l'exclusivité que commande le par. 91(24), en incorporant au droit fédéral certaines lois provinciales d'application générale. L'article 88 dispose :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une

province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

45 Mais, comme l'indique le membre de phrase au début de cette disposition, le législateur a expressément refusé de recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales dans les cas où il en résulterait une atteinte à des droits issus de traités. Et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 86, la Cour a statué que l'un des objets de l'art. 88 est d'accorder « une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones ». Ainsi, on ne peut, de prime abord, recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités.

46 Les termes clairs de l'exception relative aux traités prévue à l'art. 88 sont nuancés par des énoncés figurant dans la jurisprudence de la Cour, selon lesquels les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Dans *Marshall n° 2*, par. 24, par exemple, la Cour a affirmé :

[Les] gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] 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 . . . [Nous soulignons.]

Il faut bien sûr interpréter cet énoncé dans le contexte du droit particulier dont il est question dans *Marshall n° 1*, à savoir le droit d'accéder à des fins commerciales aux ressources qui, dès le contact, étaient exploitées (récoltées et échangées) en commun par des Autochtones et des non-Autochtones. Après la Confédération, certaines des ressources ont fini par être réglementées par le fédéral (p. ex. la pêche) et d'autres par la province (p. ex. le piégeage).

Dans le cas des ressources réglementées par la province, la Cour n'était pas disposée à interpréter le droit issu d'un traité comme s'il exigeait que l'accès à ces ressources à des fins *commerciales* soit soumis parallèlement à deux contrôles susceptibles d'entrer en conflit : celui du fédéral et celui de la province. La situation est différente en l'espèce. Ici, nous devons nous demander, de façon plus générale, quel degré d'ingérence législative provinciale dans l'exercice d'un droit issu d'un traité à des fins non commerciales déclenche la protection conférée aux droits issus de traités par l'art. 88. Il est préférable de trancher la question des droits de nature commerciale issus de traités lorsqu'elle se posera directement dans une autre affaire.

47 Lorsque sont en jeu des droits de nature non commerciale, comme c'est le cas en l'espèce, il faut faire une distinction entre l'ingérence négligeable dans l'exercice du droit issu d'un traité et l'atteinte à première vue à ce droit.

48 En ce qui concerne l'ingérence négligeable, dans *Côté*, la Cour s'est demandé si un règlement provincial exigeant le paiement d'un minime droit d'entrée dans une zone d'exploitation contrôlée portait atteinte à un droit de pêche issu d'un traité. Le droit d'entrée ne générait pas de revenus, mais était destiné à l'entretien régulier des routes et des installations dans la zone contrôlée. Le juge en chef Lamer a statué que ce règlement provincial « assujetti[ssait] l'exercice d[u] droit issu de traité à une modeste obligation

financière » (par. 88) et qu'il s'agissait donc d'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité et qu'il n'y avait pas atteinte à ce droit.

49 Par contre, dans *Badger*, la Cour a considéré qu'un régime de délivrance de permis imposant des conditions relatives aux « méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée » (par. 92) portait atteinte au droit de chasse garanti par traité aux appelants. Le juge Cory, au nom de la majorité, a statué que ce régime de délivrance de permis constituait à première vue une atteinte à leur droit puisqu'il « priv[ait] les personnes qui sont titulaires de droits issus de traité [...] des moyens mêmes d'exercer ces droits » et était « en contradiction directe avec le droit prévu au Traité » (par. 94).

50 L'ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité ne déclenchera pas la protection prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette affirmation trouve appui à la fois dans *Côté* et dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a rejeté l'idée que « tout ce qui [...] entrave ou [...] gêne l'exercice [de ces droits], ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte » (par. 91 (nous soulignons)). Par conséquent, les lois ou règlements provinciaux qui imposent une obligation modeste à quiconque exerce un droit issu d'un traité ou qui entravent de façon négligeable l'exercice d'un droit issu d'un traité ne portent pas atteinte à ce droit.

51 Une atteinte à première vue fera toutefois intervenir la protection que l'art. 88 confère aux traités. Pour déterminer ce qui constitue une atteinte à première vue à un droit issu d'un traité, il est utile d'examiner la jurisprudence de la Cour sur ce point. Dans *R. c.*

Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont énuméré trois questions qui peuvent aider dans cette tâche :

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?

52 Comme l'a signalé le juge en chef Lamer dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans l'examen de ces questions, il faut veiller à ne pas importer des éléments de justification dans la détermination de la violation. Il a fait remarquer au par. 43 :

Il est possible que le critère relatif à l'atteinte formulé dans *Sparrow* semble, de prime abord, intrinsèquement contradictoire. D'une part, suivant ce critère, les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. D'autre part, les questions auxquelles les tribunaux doivent répondre, en vertu de ce critère, pour déterminer s'il y a eu atteinte font entrer en jeu des notions comme le caractère déraisonnable ou « indûment » rigoureux de la mesure en cause, notions qui tendent à indiquer qu'il faut établir davantage qu'une diminution appréciable pour prouver l'atteinte. Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue.

53 Essentiellement, une atteinte à première vue implique donc une « diminution appréciable » d'un droit issu d'un traité. Elle n'a rien à voir avec une ingérence négligeable dans l'exercice de ce droit. Les lois ou règlements provinciaux qui entravent de façon négligeable l'exercice de droits issus de traités ne seront pas considérés comme portant atteinte à ces droits et peuvent s'appliquer d'eux-mêmes ou par voie d'incorporation au droit fédéral par l'effet de l'art. 88.

54 La protection des droits issus de traités prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique lorsque le conflit entre une loi provinciale d'application générale et un traité est tel qu'il équivaut à une atteinte à première vue. Si l'on conclut qu'une loi provinciale d'application générale entre en conflit avec un traité d'une manière qui constitue une atteinte à première vue, la protection des droits issus de traités prévaut et la loi provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l'effet de l'art. 88.

55 Les provinces à qui on reproche une atteinte à première vue à un droit issu d'un traité ne peuvent invoquer l'art. 88 en ayant recours au critère de justification applicable dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncé dans *Sparrow* et *Badger*, comme l'a laissé entendre le juge en chef Lamer dans *Côté*, par. 87. L'analyse élaborée dans ces deux arrêts vise à déterminer si la violation par un gouvernement, agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, peut se justifier. L'analyse de la justification ne change pas le partage de ces pouvoirs, qui est l'objet de l'art. 88. C'est pourquoi, malgré l'utilité que peut revêtir le critère énoncé dans *Sparrow* et *Badger* en matière de violation, le cadre d'analyse établi dans ces arrêts ne saurait nous guider ici.

3. Application aux faits de l'espèce

56 Aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l'interdiction de chasser [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui » prévue à l'art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux Tsartlip. Comme nous l'avons mentionné plus haut, il ne fait pas de doute que, d'après le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », l'intention commune des parties était d'exiger que la chasse se pratique de façon sécuritaire. Lorsqu'il est prouvé qu'un bénéficiaire du Traité a pratiqué la chasse de façon dangereuse, le Traité ne lui fournit aucune défense contre des accusations portées en vertu de l'art. 29.

57 Cependant, selon notre interprétation de l'intention commune des parties au Traité, le droit que celui-ci confère aux Tsartlip comprend le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse en utilisant ce qui constitue l'incarnation moderne de leurs armes de chasse ancestrales, à savoir les armes à feu.

58 L'interdiction prévue aux al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* est absolue et s'applique sans exception à l'ensemble de la province, y compris les régions les plus au nord où les heures de clarté sont limitées en hiver et où les secteurs très peuplés sont rares. Le législateur n'a pas tenté d'interdire uniquement les aspects de la chasse nocturne qui sont dangereux ou d'interdire ce mode de chasse dans les zones où il serait dangereux, par exemple, en interdisant la chasse à une certaine distance des routes ou des habitations. Les dispositions contestées ont une portée trop générale, elles sont incompatibles avec l'intention commune des parties aux traités, et elles écartent complètement le moyen choisi pour exercer le droit issu du Traité.

59 Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l'opinion de nos collègues la Juge en chef et le juge Fish que seule une interdiction absolue de chasser la nuit permet de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. Nous estimons qu'il serait possible de recenser les secteurs inhabités où la chasse nocturne ne compromettrait pas la sécurité. Cette conclusion s'appuie sur la preuve fournie en l'espèce, selon laquelle la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a, autant que l'on sache, provoqué aucun accident, et les agents de conservation, pour l'installation des leurres mécaniques, ont pu facilement trouver un endroit où la chasse nocturne pouvait se pratiquer sans danger. Tous ces éléments montrent bien que, sans aller jusqu'à l'interdiction absolue, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité.

60 Par conséquent, nous n'avons aucune difficulté à conclure que l'interdiction absolue de chasser la nuit et celle de chasser à l'aide d'une source lumineuse constituent des atteintes à première vue à un droit issu d'un traité. Une interdiction absolue est manifestement davantage qu'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité. Certes, les lois provinciales d'application générale qui ne s'appliquent pas aux Autochtones peuvent être incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, mais ce n'est pas le cas s'il s'ensuit une atteinte à des droits issus de traités. Étant donné que les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* constituent des atteintes à première vue, ils ne peuvent être incorporés au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

61 Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH (dissidents) —

I

62 Ivan Morris et Carl Olsen sont tombés dans le piège tendu par des agents de conservation aux chasseurs qui contreviennent à la loi.

63 Nul ne conteste que MM. Morris et Olsen ont enfreint l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu. Les appelants font valoir que l'interdiction ne s'applique pas à eux en raison d'un traité ancestral signé en 1852. Le ministère public soutient cependant que le traité ne confère aucun droit de chasser dangereusement et affirme qu'il est donc justifié d'interdire complètement la chasse nocturne.

64 Nous concluons que le droit de chasse issu d'un traité comporte une limite intrinsèque qui exclut la chasse dangereuse. Nous concluons également, comme des tribunaux d'instance inférieure partout au pays, que la chasse nocturne avec une arme à feu est dangereuse et que c'est donc à juste titre que les lois provinciales d'application générale l'interdisent. Par conséquent, nous estimons que l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux appelants.

65 Par conséquent, malgré tout le respect que nous avons pour ceux qui pensent le contraire, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité des appelants.

II

66 Dans la soirée du 28 novembre 1996, les appelants circulaient en voiture dans le bois lorsqu'ils ont cru apercevoir un cerf. M. Morris, qui était au volant, a arrêté le véhicule pour permettre à M. Olsen, assis du côté du passager, de tirer sur le cerf. M. Olsen a ensuite passé la carabine à M. Morris, par-dessus deux enfants également assis sur la banquette avant. Puis, M. Morris a lui-même tiré deux coups de feu de l'extérieur du véhicule.

67 Les appelants ont en fait tiré sur un leurre — aux yeux réfléchissant la lumière — que des agents de conservation avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été inculpés des infractions suivantes prévues par la loi de la Colombie-Britannique *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57 : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et (4) avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (uniquement M. Olsen) (par. 28(1)).

68 Ils soutiennent qu'ils bénéficient d'un droit de chasse en vertu du Traité de Saanich nord. Celui-ci a été conclu par les ancêtres de la bande indienne des Tsartlip et James Douglas, commandant de la Compagnie de la Baie d'Hudson et gouverneur de la

colonie de l'île de Vancouver à l'époque, et c'est pour cette raison qu'on l'appelle généralement « Traité de Douglas ».

69 Nul ne conteste que le Traité de Douglas s'applique aux appelants. Au procès, il a été admis qu'ils étaient tous deux des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, et qu'ils avaient des liens ancestraux avec la bande indienne des Tsartlip, membre de la Première Nation saanich. Il a également été admis que les ancêtres de la bande des Tsartlip avaient signé le Traité de Douglas et que celui-ci est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

70 L'issue du présent pourvoi dépend donc entièrement de la nature et de l'étendue du droit de chasse qui, en vertu du Traité de Douglas, est susceptible d'être soustrait à l'application des lois provinciales d'application générale en matière de chasse, comme la loi dont il est question en l'espèce.

71 Au procès, le juge Higinbotham, de la Cour provinciale, a conclu que tous les éléments des infractions de chasse avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et de chasse à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* avaient été établis hors de tout doute raisonnable ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 24). À son avis, les appelants n'avaient pas réussi à démontrer que le Traité de Douglas les protégeait contre toute poursuite intentée en vertu de ces dispositions. Il a tiré cette conclusion en appliquant l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où la Cour a établi un cadre relatif à l'atteinte et à la justification permettant de déterminer si la loi contestée est constitutionnelle.

72 Avec le consentement du ministère public, le juge Higinbotham a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse, en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729), et on n'a pas demandé à la Cour de réexaminer cette question.

73 Le juge Higinbotham n'a pas, pour deux raisons, déclaré les appelants coupables d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui. Premièrement, il n'était pas convaincu que le ministère public ait établi le bien-fondé de ses allégations à cet égard; deuxièmement, il ne pouvait pas [TRADUCTION] « se fonder uniquement sur la preuve que la chasse nocturne est intrinsèquement dangereuse pour prononcer une déclaration de culpabilité relativement à ce chef d'accusation » (par. 25), étant donné que cette preuve avait déjà servi de fondement à la condamnation des appelants en vertu de l'al. 27(1)d).

74 Le juge Higinbotham a cependant déclaré M. Olsen coupable d'avoir fait feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur en violation du par. 28(1) de la *Wildlife Act*.

75 MM. Olsen et Morris ont interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où le juge Singh a statué que l'exercice d'un droit ancestral ou issu d'un traité sans égard pour la sécurité publique ne constitue pas un exercice raisonnable de ce droit ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780). Il a donc conclu, sans recourir au critère établi dans *Sparrow*, que la *Wildlife Act* n'entraîne pas en conflit avec le droit issu d'un traité et n'avait par ailleurs aucune incidence sur lui. De ce fait, il a déclaré les appelants assujettis à la *Wildlife Act*, reconnaissant qu'il s'agissait d'une loi provinciale d'application générale qui est valide et destinée à assurer la sécurité.

76 Les appelants ont ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où les trois juges saisis de l'appel ont rédigé des motifs distincts ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121).

77 Selon le juge Thackray, comme le par. 27(1) de la *Wildlife Act* n'interdit que la chasse nocturne et non la chasse en tant que tel, il s'agit d'une loi d'application générale qui s'applique d'elle-même (*ex proprio vigore*) aux Indiens.

78 Selon la juge Huddart, les appelants n'ont pas établi que la chasse nocturne était une composante du droit ancestral de chasser qui fait [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive » des Tsartlip (par. 213). À son avis, l'interdiction de chasser la nuit qui est prévue par la *Wildlife Act* ne porte donc pas atteinte au droit de chasse fondamental garanti par le traité.

79 Dans ses motifs dissidents, le juge Lambert a conclu que la *Wildlife Act* a une incidence sur les lois, coutumes, traditions et pratiques indiennes pour ce qui est de la chasse à des fins alimentaires et rituelles et qu'en conséquence elle [TRADUCTION] « touche à l'essentiel de l'indianité » (par. 18). À son avis, l'essentiel de l'indianité comporte le droit des Indiens de chasser pour se nourrir en recourant à leur moyen préféré.

80 Le juge Lambert a donc conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux membres de la bande indienne des Tsartlip parce que seules les lois fédérales peuvent toucher à l'essentiel de l'indianité, sauf si la loi provinciale est incorporée au droit fédéral (« revigorée ») par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

81 Pour ce qui est de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, selon le juge Lambert, le membre de phrase « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité » au début de la disposition signifie que [TRADUCTION] « la juste interprétation du traité commande que la disposition législative n'ait aucune incidence sur lui ni ne lui porte atteinte » (par. 31). Il a ensuite conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* entrent directement en conflit avec le droit issu d'un traité et que l'art. 88 ne peut donc servir à incorporer au droit fédéral les dispositions contestées de la *Wildlife Act*.

82 Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l'interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide applicable aux appelants. Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* interdisent les pratiques de chasse dangereuses, laquelle interdiction, de par son caractère véritable, relève de la compétence législative des provinces. Elles ne sont pas incompatibles avec la législation fédérale, et la règle de la prépondérance n'est donc pas applicable. Enfin, le droit de chasse protégé par le Traité de Douglas comporte une limite intrinsèque : il n'inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. En d'autres termes, le droit de chasse conféré par traité doit être exercé de façon raisonnable, et les pratiques de chasse intrinsèquement dangereuses sont l'antithèse de l'exercice raisonnable du droit de chasse. La disposition contestée de la *Wildlife Act* régit cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que la mesure législative ne touche pas autrement à l'indianité, elle s'applique d'elle-même et n'a pas besoin d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 pour s'appliquer aux Indiens.

V

83 Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement l'autorité législative exclusive en ce qui concerne « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les questions concernant les droits ancestraux et les droits issus de traités relèvent clairement de la compétence du Parlement prévue au par. 91(24).

84 Bien que le par. 91(24) confère au Parlement la compétence exclusive à l'égard des « Indiens » et des « terres réservées pour les Indiens », les lois provinciales

valides s'appliquent normalement aux Autochtones. Il est bien établi que « les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales » (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 66).

85 La validité d'un texte législatif provincial est une condition préalable à son application aux Canadiens autochtones. Une loi provinciale qui ne relève pas d'un chef de compétence provincial est invalide et inopérante. Une loi provinciale qui, de par son caractère véritable, porte sur les « Indiens » et les « terres réservées pour les Indiens » — ou sur toute autre question relevant de la compétence fédérale exclusive — constitue un excès de pouvoir. Par contre, une loi provinciale qui n'a qu'un effet accessoire sur un chef de compétence fédéral est dans la limite des pouvoirs : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 14. De tels effets accessoires n'ont pas d'importance sur le plan constitutionnel (*ibid.*). Par exemple, dans le contexte autochtone, les textes législatifs provinciaux régissant la circulation sont applicables dans les réserves (voir *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Les règles de droit provinciales valides de ce type s'appliquent d'elles-mêmes aux Canadiens autochtones.

86 Pour déterminer le caractère véritable d'un texte législatif, il faut examiner son objet ainsi que ses effets sur les plans juridique et pratique : *Kitkatla*, par. 53-54. S'inspirant des motifs du juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge LeBel a énoncé, dans *Kitkatla*, par. 58, la démarche à suivre pour déterminer le caractère véritable d'une loi provinciale :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

87 La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédéral, comme les Indiens, mais porte plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L'interdiction contestée concernant la chasse nocturne fait partie intégrante d'un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidents de la province.

88 Il s'ensuit que la disposition contestée s'applique aux appelants, à moins d'être exclue par l'une des exceptions à la règle générale selon laquelle les lois provinciales d'application générale valides s'appliquent aux Canadiens autochtones. Les lois provinciales ne s'appliquent pas aux Indiens si elles sont incompatibles avec des lois fédérales ou font intervenir la règle de l'exclusivité des compétences.

89 Selon la règle de la prépondérance, une loi provinciale valide devient inopérante en cas de conflit d'application avec une loi fédérale valide. Il existe un tel conflit lorsqu'il est impossible de respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral ou lorsque la loi provinciale supprime la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet (*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13). La question de l'ordre dans lequel le tribunal doit examiner la règle de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences a donné lieu à un certain débat,

surtout lorsque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* est en jeu : voir K. Wilkins, « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. Nous ne jugeons pas nécessaire de régler ce débat en l'espèce, car il n'existe pas de loi fédérale sur la chasse qui soit incompatible et la règle de la prépondérance ne s'applique donc pas.

90 Selon la règle de l'exclusivité des compétences, les lois provinciales valides sont constitutionnellement inapplicables dans la mesure où elles empiètent ou ont une incidence sur la compétence législative fédérale fondamentale à l'égard d'une matière en particulier. Ainsi, la compétence fédérale exclusive prévue au par. 91(24) protège l'« essentiel de l'indianité » contre les empiètements provinciaux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 177. Les lois provinciales valides qui ne touchent pas à l'« essentiel de l'indianité » s'appliquent d'elles-mêmes. La loi provinciale contestée qui porte sur l'essentiel de l'indianité est inapplicable à moins d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

91 Il a été décidé que les droits — ancestraux ou issus de traités — des Indiens font partie des éléments fondamentaux relevant de la compétence fédérale : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 411; *Delgamuukw*, par. 178. Par conséquent, les lois provinciales d'application générale ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux activités de chasse des Indiens protégées par traité.

92 Toutefois, la loi provinciale d'application générale qui ne touche ni à un droit issu d'un traité ni autrement à l'essentiel de l'indianité s'applique d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 88. N'empièteraient pas sur le droit issu d'un traité les mesures législatives qui outrepassent ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées.

93 De nombreux droits — ancestraux ou issus de traités — comportent des limites intrinsèques. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n° 1* »), et *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n° 2* »), la Cour a décidé que le droit — issu d'un traité — de commercer pour se procurer le nécessaire était intrinsèquement limité par la quantité de prises permettant de s'assurer une subsistance convenable. De même, la sécurité peut constituer une limite implicite — ou fondée sur la définition — des droits ancestraux ou issus de traités. Dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, le juge Cory a écrit :

. . . qu'un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8 et modifiés par la *Convention*.

94 Dans *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, la Cour a affirmé qu'« il n'y [a], en principe, aucune incompatibilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que fai[t] la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui » (le juge Cory, au nom de la Cour, par. 41, citant *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, p. 141-142; voir aussi *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, p. 460; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, p. 289; et *Simon*, p. 403).

95 Les lois provinciales peuvent s'appliquer à des matières faisant partie de l'« essentiel de l'indianité » si elles sont incorporées au droit fédéral par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

96 La Cour a clarifié l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, où elle a classé les lois provinciales en deux catégories pour l'application de l'art. 88 : (1) celles qui peuvent être appliquées aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur indianité; (2) celles qui ne peuvent pas s'appliquer à eux sans les toucher en tant qu'Indiens (p. 326-327). La première catégorie s'applique aux Indiens sans difficulté d'ordre constitutionnel. La seconde ne peut s'appliquer à eux en raison de la règle de l'exclusivité des compétences. C'est cette seconde catégorie de lois que vise l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, il incorpore au droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui autrement seraient constitutionnellement inapplicables aux Indiens — des lois qui, en raison de la règle de l'exclusivité des compétences, ne peuvent s'appliquer aux Indiens parce qu'elles touchent à l'essentiel de l'indianité, matière de compétence fédérale.

97 Cependant, comme il ressort clairement de son libellé, l'art. 88 n'incorpore pas au droit fédéral toutes les lois provinciales qui seraient autrement inapplicables en raison de la règle de l'exclusivité des compétences. Il est notamment applicable « [s]ous réserve des

dispositions de quelque traité ». Autrement dit, il ne peut incorporer une loi provinciale qui entre en conflit avec un droit issu d'un traité.

98 Quel type ou degré d'incompatibilité doit-il y avoir entre une loi provinciale d'application générale et un traité pour que s'applique la protection assurée par l'exception relative aux traités? Selon la jurisprudence, une restriction négligeable d'un droit issu d'un traité n'est pas suffisante : voir, par exemple, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88. À l'autre extrémité du spectre, le critère plus strict de l'« atteinte injustifiée » serait inapproprié : l'art. 88 a été adopté en 1951 (S.C. 1951, ch. 29), soit plus de 30 ans avant l'apparition des concepts de justification associés à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

99 À notre avis, le critère de l'atteinte à première vue décrit le mieux le degré de conflit requis pour que s'applique la protection assurée par l'exception relative aux traités. La loi qui n'impose pas de restrictions réelles à un droit issu d'un traité ne constitue pas une violation à première vue et ne déclenche pas l'application de cette exception. La loi qui met en jeu les limites intrinsèques d'un droit issu d'un traité ne touche nullement à ce droit et ne constitue donc pas, à plus forte raison, une violation à première vue.

100 Compte tenu de ce qui précède, on peut résumer comme suit le pouvoir réglementaire provincial à l'égard des droits conférés par traité aux Indiens :

1. Les lois provinciales visant à réglementer des droits issus de traités constituent un excès de pouvoir.
2. Les lois provinciales d'application générale valides qui ne touchent pas ou ne portent pas atteinte aux droits issus de traités s'appliquent aux Indiens :

- a) soit d'elles-mêmes;
- b) soit par voie d'incorporation au droit fédéral par l'art. 88, si elles touchent néanmoins de quelque autre manière à l'essentiel de l'indianité.

Les lois provinciales valides qui ne relèvent pas du champ d'application d'un droit issu d'un traité, en raison d'une limite intrinsèque de ce droit, ne touchent pas à l'« essentiel de l'indianité » et s'appliquent donc d'elles-mêmes. Elles n'ont pas besoin d'être incorporées au droit fédéral par l'art. 88.

3. Les lois provinciales d'application générale valides qui portent atteinte à première vue à des droits issus de traités déclenchent l'application de l'exception relative aux traités prévue par l'art. 88 et sont constitutionnellement inapplicables. Les lois provinciales qui n'imposent que des restrictions négligeables à un droit issu d'un traité (voir *Côté*) ne déclenchent pas l'application de cette exception et sont donc incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88*.

* Voir Erratum, [2015] 2 R.C.S. iv

VI

101 Comme nous avons déjà conclu que la mesure législative contestée relève d'un chef de compétence provincial valide et qu'elle n'entre en conflit avec aucune loi fédérale, nous devons maintenant déterminer si elle touche à l'« essentiel de l'indianité ». Si c'est le cas, elle s'applique par voie d'incorporation par l'art. 88; sinon elle s'applique d'elle-même. La prétention des appelants que la chasse nocturne touche effectivement à l'indianité repose sur le droit de chasse que leur confère le Traité de Douglas. Alors, pour déterminer si l'interdiction s'applique à eux d'elle-même, nous devons délimiter la portée et l'étendue du droit de chasse issu d'un traité qui est consacré dans ce traité.

102 Le droit en cause issu du Traité de Douglas est énoncé au par. 2 :

[TRADUCTION] Toutefois, il est bien entendu que la terre elle-même, ces exceptions minimales étant faites, devient la propriété pleine et entière des Blancs à perpétuité. Il est également entendu que nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois.

103 Le débat en l'espèce portait du principe que le ministère public avait concédé que le terme « comme autrefois » modifie à la fois « chasser sur les terres inoccupées » et « pêcher ». Nous estimons qu'il ne vaut pas la peine de s'attarder sur ce volet : la portée du droit de chasse prévu par le Traité de Douglas ne dépend aucunement de la concession faite par le ministère public.

104 Par souci de commodité, nous reproduisons ici les conclusions des instances inférieures.

105 À la Cour d'appel, le juge Lambert a défini le droit que le traité confère aux appelants comme étant le droit de chasser à des fins alimentaires et rituelles avec le moyen préféré des Indiens, en conformité avec leurs propres lois, coutumes, traditions et pratiques, et selon les pratiques sécuritaires qui régissent les méthodes de chasse (par. 49). Selon la juge Huddart, le traité ne protège que les droits qui font [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive des Tsartlip » (par. 208), et la chasse nocturne, quoique pratiquée traditionnellement pour des raisons de commodité, ne fait pas partie du droit fondamental de chasser garanti par le traité. Le juge Singh, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a jugé que le Traité de Douglas protégeait autant le droit de chasser que les méthodes et moyens utilisés pour la chasse. Il a néanmoins conclu que le droit issu du traité ne suppose pas et, encore moins, ne confère pas le droit de chasser dangereusement, car il est implicitement restreint dans le but d'empêcher la chasse dangereuse.

106 Nous privilégions l'interprétation du juge Singh. Soit dit en tout respect, nous estimons que l'approche adoptée par la juge Huddart tend à estomper la distinction entre un droit ancestral et un droit issu d'un traité, et que l'interprétation du juge Lambert ne tient pas compte des limites intrinsèques — en matière de sécurité — que comporte nécessairement ce droit.

107 La détermination de la portée d'un droit issu d'un traité et de ses limites intrinsèques est essentiellement une question d'interprétation du traité, qui, à son tour, nous renvoie à l'intention des parties au traité. « L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux

les intérêts des deux parties à l'époque de la signature » (*Marshall n° 1*, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente pour d'autres motifs).

108 Au moment de la signature du Traité de Douglas, la chasse nocturne n'était pas inhabituelle, ni particulièrement dangereuse. Personne n'aurait été étonné si la Couronne et les Autochtones de Saanich nord avaient envisagé de permettre aux Autochtones de continuer à chasser la nuit. À l'époque, cette pratique ne présentait pas les mêmes dangers qu'aujourd'hui (lesquels seront précisés plus loin). Et les parties n'avaient peut-être même aucune raison de prévoir que les dangers s'accroîtraient. Mais elles ne pouvaient pas croire que le droit de chasser comprenait le droit de chasser dangereusement. Ce serait une injustice à leur égard de leur prêter cette croyance et ce serait, en plus, contraire au bon sens.

109 Nous employons l'expression « chasser dangereusement » ou d'autres expressions similaires dans les présents motifs pour parler de la chasse se faisant d'une manière ou dans des conditions qui comportent un risque particulièrement élevé pour la vie et la sécurité d'autrui.

110 À notre avis, les parties au Traité de Douglas devaient comprendre que le droit de chasser n'englobe pas le droit de chasser dangereusement. Elles devaient également comprendre que la Couronne ne renonçait pas à ses intérêts ni à ses responsabilités à cet égard. Celle-ci était préoccupée par la nécessité d'assurer la sécurité des colons. Personne n'aurait pu penser que la chasse dangereuse sert les intérêts des Autochtones ou ceux de la Couronne. Conclure que le Traité de Douglas consacre le droit de chasser dangereusement est tout simplement incompatible avec le troisième principe

énoncé dans *Marshall* : les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties.

111 Sur ce point, nous trouvons particulièrement convaincant le raisonnement adopté par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 55, relativement au droit de chasse issu d'un traité qui est exercé près des habitations :

[TRADUCTION] À mon avis, les droits issus de traités dont jouit M. Paul doivent être examinés à la lumière de leur exercice. À la page 1072 de l'arrêt *Sioui*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a dit qu'il ne pouvait « pas croire que les Hurons aient jamais cru que le *Traité* [de 1760] leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d'une maison en vertu de leur droit d'exercer leurs coutumes ». De la même façon, et à la différence du juge du procès qui a dit que les « Indiens inscrits » peuvent exercer leurs droits issus de traités même d'une manière qui est « dangereu[se] en soi », je ne peux pas croire que les Indiens de la rivière Saint John aient jamais cru qu'ils pouvaient exercer les droits qui leur sont accordés par le *Traité de Boston* de 1725 de façon dangereuse. . . [par. 18]

112 Le neuvième principe d'interprétation des traités énoncé dans *Marshall n° 1* étaye, lui aussi, cette conclusion : « Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. » (par. 78)

113 Les appelants prétendent que le recours au neuvième principe pour restreindre la portée d'un droit issu d'un traité, au lieu de l'élargir, reviendrait à inverser ce principe.

114 Comme il sera expliqué plus en détail plus loin, depuis 1852 les dangers de la chasse nocturne s'amplifient avec le développement des armes modernes. À notre avis, les droits issus de traités ne sont pas imperméables aux changements de cette nature. Ils n'évoluent pas dans un vide social, environnemental ou technologique. Le droit de chasser ne se transforme pas en droit de chasser de façon dangereuse, sans qu'il soit tenu compte de dangers imprévus ou de nouveaux risques.

115 Bien au contraire, le neuvième principe reconnaît simplement que l'interprétation des traités doit tenir compte de l'exercice des droits en question dans la société moderne. Tout comme les méthodes et moyens employés pour l'exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l'être non plus. Adapter l'exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. On ne pourrait raisonnablement insister sur le premier élément et fermer les yeux sur le second.

116 Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la Cour a statué que seule l'évolution logique d'une pratique préalable au traité peut bénéficier de la protection du traité. Dans cette affaire, la preuve révèle seulement la pratique d'un commerce de produits du bois relativement restreint avant la conclusion du traité. Cette preuve n'est pas suffisante pour permettre d'établir l'existence d'un droit issu d'un traité qui permet l'exploitation forestière à l'échelle commerciale. Au nom de la Cour, la juge en chef McLachlin a décrit la norme applicable en ces termes :

Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s'agit d'établir si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : *Marshall 2*, par. 20. L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l'activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d'évolution [...] leur objet ne peut [...] être transformé du tout au tout » (*Marshall 2*, par. 19). [par. 25]

117 À notre avis, lorsqu'une activité du même type, exercée dans l'économie moderne avec des moyens modernes, est intrinsèquement dangereuse, cette activité dangereuse ne pourra être considérée comme étant l'évolution logique du droit issu d'un traité.

118 Certes, comme l'affirment les appelants, le traité protège contre l'empiétement les moyens et méthodes utilisés pour l'exercice d'un droit issu d'un traité, par exemple pour tout ce qui touche à la période de chasse (*R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.), conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), « aux saisons, aux méthodes [et] à la limite de prise » (*Sutherland*, p. 460) ainsi qu'aux modes et périodes de chasse, et à l'ampleur de la chasse (*Badger*, par. 90)).

119 Cependant, le fait que le traité protège les moyens et méthodes de chasse n'écarte pas la limite intrinsèque du droit : le droit de chasse issu d'un traité ne comporte pas le droit de chasser d'une manière qui mette en danger la sécurité du chasseur ou d'autrui. Étant donné que la chasse dangereuse ne relève pas d'un droit protégé par traité, la province est libre de réglementer ce domaine. Dans *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, la question de la sécurité n'a pas été abordée et il ne faut pas interpréter l'affaire, lorsqu'il est fait mention de la chasse nocturne, sans tenir compte de la jurisprudence subséquente de la Cour relativement à la question de sécurité, notamment *Myran*, où la Cour traitait précisément de la juste interprétation de *Prince*.

120 Dans *Myran*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, a expliqué l'interaction entre la jurisprudence traitant des « moyens et méthodes » et la question de sécurité en ces termes :

L'arrêt *Prince* [. . .] montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès. Toutefois, il n'a pas le droit de chasser dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage. L'arrêt *Prince* [. . .] traite des moyens permis. Ni cet arrêt ni ceux qui l'ont précédé n'ont traité de la protection de la vie humaine. Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge Hall à la Cour d'appel du Manitoba dans la présente cause :

[TRADUCTION] La loi applicable est [la] *Wildlife Act, supra*, notamment l'art. 41(1). L'art. 10(1), en vertu duquel les accusés ont été inculpés ne restreint pas le type de gibier, le temps ou la méthode de chasse, il impose seulement l'obligation de chasser en ayant égard à la sécurité d'autrui. Cette prescription est-elle une restriction ou une atteinte au droit des Indiens de chasser pour leur nourriture sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès? Si l'on prend ce droit en termes absolus, la réponse est clairement affirmative; mais est-ce le cas? Non, le droit de chasser pour se nourrir, conféré ou attribué par l'accord et ratifié par la loi, ne peut pas être vu de cette façon. Il y a une restriction inhérente au droit, il faut l'exercer raisonnablement. L'article 10(1) n'est que l'énoncé législatif de ce concept, à savoir que le droit sera exercé en ayant égard à la sécurité d'autrui, y compris celle des Indiens. [p. 141-142]

121 Selon ce principe prépondérant, solidement ancré dans notre jurisprudence, la sécurité publique prévaut dans ce genre d'affaire. Ou bien, pour reprendre les termes employés dans *Myran*, il faut exercer ce droit raisonnablement.

122 Nous avons conclu que le droit de chasse issu d'un traité invoqué par les appelants en l'espèce comporte la limite intrinsèque qu'il ne peut être exercé d'une manière dangereuse pour le chasseur ou autrui. C'est là une description générale de la limitation. Il reste maintenant à déterminer comment cette limite intrinsèque peut être valablement exprimée dans le contexte de la réglementation. Les tribunaux sont-ils réduits à procéder au cas par cas pour décider, après examen des faits, si un chasseur en particulier a, à une occasion donnée, exercé de façon dangereuse le droit de chasse issu d'un traité? Ou les provinces peuvent-elles, par des lois ou des règlements, définir les limites du droit d'une manière qui puisse être administrée et comprise par la collectivité autochtone?

123 La réponse à cette question réside dans la jurisprudence de la Cour, laquelle confirme le droit des provinces d'établir et de régir au préalable les limites d'un droit issu d'un traité dans un contexte de réglementation particulier, pourvu qu'elles le fassent de façon raisonnable. Comme l'a dit le juge Cory, au nom de la majorité dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 :

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. [. . .] 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. [. . .] La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société. [Nous soulignons; par. 92.]

124 Dans la même veine, après avoir conclu que le droit de pêche issu d'un traité était intrinsèquement limité par le nombre de prises dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il permette de s'assurer une subsistance convenable, la Cour a affirmé dans *Marshall n° 1* :

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*. [En italique dans l'original; par. 61.]

La Cour a réaffirmé dans *Marshall n° 2* le droit de la province de définir par règlement les limites raisonnables des droits issus de traités :

. . . 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 . . . [Nous soulignons; par. 37.]

125 Ces conclusions sont compatibles avec l'affirmation de la Cour dans *Myran* selon laquelle le droit issu d'un traité doit être exercé de manière raisonnable. Les restrictions réglementaires raisonnables, y compris les interdictions générales, qui ont trait à des préoccupations légitimes en matière de sécurité ne porteront pas atteinte au droit issu d'un traité.

126 La Cour doit donc déterminer si l'interdiction de la province concernant la chasse nocturne constitue un exercice raisonnable de son pouvoir de réglementer la limite intrinsèque — en matière sécurité — du droit conféré par traité aux appelants. Autrement dit, est-ce que, dans le contexte de la réglementation en Colombie-Britannique, cette interdiction constitue une façon raisonnable d'exprimer la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit de chasse issu d'un traité?

127 Voici ce qu'a dit le juge du procès :

[TRADUCTION] [O]n ne saurait nier que l'opposition de la Colombie-Britannique à la chasse nocturne a été ferme et constante, suivant les conseils des agents de conservation selon lesquels cette pratique est intrinsèquement dangereuse. La preuve en l'espèce étaye certainement cette conclusion. Selon la preuve, c'est la chasse nocturne qui accroît le danger et le rend inacceptable. Il ressort de la preuve qu'il est dangereux d'autoriser l'usage de carabines de haute puissance dans l'obscurité et de se fier au bon sens des chasseurs pour minimiser ces risques devant la chance qu'ils ont soudainement de tuer un gibier.

...

[L]e recours à des lampes la nuit engendre manifestement de nouveaux problèmes, même s'il en élimine d'autres. Le problème le plus grave est celui du rétrécissement concentrique du champ visuel : l'attention du chasseur est tellement centrée sur la cible éclairée par la source lumineuse que sa vision périphérique tend à lui échapper, tout comme l'arrière-plan. Ce problème entraîne un grand risque de blessures accidentelles à autrui ou de dommages accidentels à des biens. Je ne doute pas qu'une formation pertinente et d'autres mesures permettent de réduire le risque, mais la perfection n'est pas de ce monde. La disposition législative vise la sécurité et, à première vue, elle constitue une mesure raisonnable pour éviter que des risques inutiles se produisent. [par. 11 et 13]

128 Ces conclusions, auxquelles se rallient des tribunaux de première instance et d'appel partout au pays, sont manifestement raisonnables. Voir *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 (C.A.C.-B.); *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260 (C.A. Qué.); *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL) (Div. prov.); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL) (Div. prov.); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) (C. prov.); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL) (C.J.); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260 (C. prov. C.-B.); *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 289 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2^e) 313 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318. Pour l'opinion contraire, voir : *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181 (C. prov. Sask.); *R. c. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL) (Div. prov.); et *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2^e) 72, 2005 NBQB 137.

129 La conclusion que l'interdiction de la chasse nocturne est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir la limite intrinsèque du droit issu d'un traité découle naturellement et logiquement de la caractéristique déterminante de la nuit : l'obscurité. Par ailleurs, la preuve produite au procès suffit amplement pour établir que la capacité de reconnaître des objets, d'évaluer les distances et d'observer les éléments situés à l'arrière-plan et en périphérie est grandement réduite dans l'obscurité, ce qui présente un danger réel pour les autres membres du public.

130 Ce danger qui s'ajoute à ceux de la chasse fait que les risques associés à la chasse nocturne avec une arme à feu atteignent un niveau trop élevé pour être acceptables. L'interdiction prévue par la *Wildlife Act* représente une solution raisonnable pour éviter un danger réel.

131 Dans *Seward*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré succinctement :

[TRADUCTION] L'introduction de carabines a fortement accru les dangers de la chasse. Ce ne sont pas seulement les chasseurs qui sont exposés aux risques; c'est aussi toute personne qui se trouve dans un rayon d'un mille autour du chasseur. Cela est d'autant plus vrai la nuit, où l'obscurité ajoute un élément de hasard. Peu importe qu'une personne soit capable de chasser la nuit sans blesser qui que ce soit, il demeure que le risque de décès ou de blessures s'accroît lorsque la visibilité est réduite et qu'il y a plusieurs chasseurs dans le bois. [par. 47]

132 La mesure législative contestée régit donc un champ complètement différent de celui visé par le droit de chasse issu d'un traité. Elle n'entre donc pas du tout en conflit avec le droit issu d'un traité. Aucun droit ancestral n'est invoqué et, en l'absence d'un droit ancestral ou issu d'un traité incompatible, on ne peut affirmer qu'une réglementation provinciale raisonnable en matière de sécurité qui vise les pratiques de chasse dangereuses empiète sur l'« essentiel de l'indianité ». Il s'ensuit que l'interdiction prévue par la *Wildlife Act* de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide qui s'applique d'elle-même aux appelants, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'art. 88.

133 Nous ne sommes pas convaincus par l'argument des appelants que le pouvoir d'une province de légiférer en matière de sécurité se limite à sa capacité d'interdire, de façon *générale*, la chasse dangereuse. Si les provinces peuvent interdire la « chasse dangereuse », il n'y a pas de raison qu'elles ne puissent pas désigner certaines pratiques comme étant dangereuses. Cette fonction relève du pouvoir des provinces de réglementer de façon raisonnable les limites intrinsèques des droits issus de traités, confirmé dans *Marshall n° 1 et n° 2* et *Sundown*.

134 Enfin, deux brèves observations concernant les motifs conjoints des juges Deschamps et Abella.

135 Premièrement, à leur avis, il s'agit de savoir en l'espèce dans quelle mesure, le cas échéant, les provinces peuvent valablement intervenir dans les questions des droits issus de traités. Soit dit en tout respect, nous estimons que, pour répondre à cette question, il faut d'abord établir que la mesure législative provinciale contestée porte atteinte à un droit issu d'un traité. En l'espèce, nous sommes d'accord pour dire que le Traité de Douglas ne

confère pas le droit de chasser dangereusement. Cela rend hypothétique la question posée par nos collègues.

136 Deuxièmement, les juges Deschamps et Abella estiment que l'interdiction de chasser la nuit avec une arme à feu moderne est d'une portée trop large. À leur avis, le Traité de Douglas tolère seulement des interdictions plus limitées. À notre humble avis, cette restriction compromet la réalisation de l'objectif de tout texte législatif concernant une pratique de chasse dont les tribunaux ont, de façon constante, considéré qu'elle comporte un risque inacceptable et élevé pour le public.

137 Les questions constitutionnelles posées en l'espèce sont ainsi formulées :

1. Les alinéas 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57, sont-ils constitutionnellement applicables d'eux-mêmes aux appelants, compte tenu de la compétence législative exclusive que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement?
2. Dans la négative, les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.C.B. 1982, ch. 57, s'appliquent-ils néanmoins aux appelants par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

138 Étant donné la suspension conditionnelle des procédures fondées sur l'al. 27(1)e) et l'absence d'objection en appel, il n'est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, d'évaluer la constitutionnalité de l'al. 27(1)e).

139 En ce qui concerne l'al. 27(1)d), il faut répondre par l'affirmative à la première question. Vu la conclusion que l'al. 27(1)d) de la *Wildlife Act* est une disposition d'application générale raisonnable visant la sécurité qui n'entre pas en conflit avec les droits

conférés par le traité aux appelants et qui s'applique d'elle-même, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

140 Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef MCLACHLIN et les juges BASTARACHE et FISH sont dissidents.

Procureurs des appelants : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Victoria.

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

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

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

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 : Saskatchewan Justice, Regina.

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

Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw) : Diane Soroka Barrister and Solicitor Inc., Westmount.

Procureurs de l'intervenante la bande indienne de Red Rock : Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat : Langlois Kronström Desjardins, Québec.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le chef Allan Claxton : Woodward and Co., Victoria.

Procureurs de l'intervenant le chef Roger William : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.