

**Dorothy Marie Van der Peet** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. VAN DER PEET

File No.: 23803.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of "existing aboriginal rights" as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).*

The appellant, a native, was charged with selling 10 salmon caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, which prohibited the sale or barter of fish caught under such a licence. The restrictions imposed by s. 27(5) were alleged to infringe the appellant's aboriginal right to sell fish and accord-

**Dorothy Marie Van der Peet** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. VAN DER PEET

N° du greffe: 23803.

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

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

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

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

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent

ingly were invalid because they violated s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge held that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell such fish and found the appellant guilty. The summary appeal judge found an aboriginal right to sell fish and remanded for a new trial. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict. The constitutional question before this Court queried whether s. 27(5) of the Regulations was of no force or effect in the circumstances by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

#### *The Aboriginal Right*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A purposive analysis of s. 35(1) must take place in light of the general principles applicable to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. This relationship is a fiduciary one and a generous and liberal interpretation should accordingly be given in favour of aboriginal peoples. Any ambiguity as to the scope and definition of s. 35(1) must be resolved in favour of aboriginal peoples. This purposive analysis is not to be limited to an analysis of why a pre-existing doctrine was elevated to constitutional status.

Aboriginal rights existed and were recognized under the common law. They were not created by s. 35(1) but subsequent to s. 35(1) they cannot be extinguished. They can, however, be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out in *R. v. Sparrow*.

Section 35(1) provides the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose. The French version of the text, prior jurisprudence of this Court and the courts of

atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

#### *Le droit ancestral*

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

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

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

Australia and the United States, academic commentators and legal literature support this approach.

To be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. A number of factors must be considered in applying the "integral to a distinctive culture" test. The court must take into account the perspective of the aboriginal peoples, but that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure.

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition and the claim should be characterized accordingly.

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question — one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact with European society. Conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of the community in question need not be produced. The evidence simply needs to be directed at

chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

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

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

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée — être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens.

demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. The concept of continuity is the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. It does not require an unbroken chain between current practices, customs and traditions and those existing prior to contact. A practice existing prior to contact can be resumed after an interruption.

Basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the inclusion of the Métis in the definition of "aboriginal peoples of Canada" in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The history of the Métis and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35 are quite distinct from those relating to other aboriginal peoples in Canada. The manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined.

A court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, conscious of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions and customs engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards applied in other contexts.

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. Claims to aboriginal rights are not to be determined on a general basis.

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a

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

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

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

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

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peu-

process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

A practice, custom or tradition, to be recognized as an aboriginal right need not be distinct, meaning "unique", to the aboriginal culture in question. The aboriginal claimants must simply demonstrate that the custom or tradition is a defining characteristic of their culture.

The fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. A practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right, however, where it arose solely as a response to European influences.

The relationship between aboriginal rights and aboriginal title (a sub-category of aboriginal rights dealing solely with land claims) must not confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look both at the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the Court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. Here, the appellant claimed that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral element the exchange of fish for money or other goods. The significance of the practice, tradition or custom is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. The claim must be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery,

vent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

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

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

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

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

here the custom of exchanging fish for money or other goods.

The trial judge made no clear and palpable error which would justify an appellate court's substituting its findings of fact. These findings included: (1) prior to contact exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes; (2) there was no regularized trading system amongst the appellant's people prior to contact; (3) the trade that developed with the Hudson's Bay Company, while of significance to the Sto:lo of the time, was qualitatively different from what was typical of Sto:lo culture prior to contact; and, (4) the Sto:lo's exploitation of the fishery was not specialized and that suggested that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. The appellant failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo culture which existed prior to contact and was therefore protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Aboriginal rights find their origin in the historic occupation and use of native ancestral lands. These rights relate not only to aboriginal title but also to the component elements of this larger right, such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, customs and traditions. They also include other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture.

Aboriginal rights can exist on reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands. Reserve lands are reserved by the federal government for the exclusive use of Indian people. Title to aboriginal title lands — lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion — is founded on common law and is subject to the Crown's ultimate title. It exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. Aboriginal title can also be founded on treaties. Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited

être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

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

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

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres

and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. These types of lands are not static or mutually exclusive.

Prior to 1982, aboriginal rights were founded only on the common law and they could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign". Now, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada".

The *Sparrow* test deals with constitutional claims of infringement of aboriginal rights. This test involves three steps: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) must be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. It is not appropriate that the perspective of the common law be given an equal weight with the perspective of the natives.

The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Two approaches have emerged.

The first approach focuses on the particular aboriginal practice, custom or tradition. It considers that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures is non-aboriginal and hence not protected by s. 35(1).

auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

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

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

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

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

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le

This approach should not be adopted. This approach misconstrues the words "distinctive culture", used in *Sparrow*, by interpreting it as if it meant "distinct culture". It is also overly majoritarian. Finally, this approach is unduly restrictive as it defines aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away.

The second approach describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction and is more generic. Its underlying premise is that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Section 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, customs or traditions but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. The emphasis is on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves. These aboriginal activities should be distinguished from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1).

The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, customs and traditions which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). A generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. What constitutes a practice, custom or tradition distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people.

The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, custom or tradition has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Two basic approaches exist: the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. The latter should be preferred.

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

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

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

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.

The "frozen right" approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with *Sparrow* which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.

Underlying the "dynamic right" approach is the premise that "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity".

The aboriginal activity must have formed an integral part of a distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. This period should be assessed based on: (1) the type of aboriginal practices, customs and traditions; (2) the particular aboriginal culture and society; and, (3) the reference period of 20 to 50 years. This approach gives proper consideration to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights.

As regards the delineation of the aboriginal right claimed, the purposes of aboriginal practices, customs and traditions are highly relevant in assessing if they are sufficiently significant to the culture for a substantial continuing period of time. The purposes should not be

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

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

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

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été

strictly compartmentalized but rather should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance at the centre.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. Whether an activity is sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time will have to be determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right.

Nevertheless, the facts did not support framing the issue in this case in terms of commercial fishing. Appellant did not argue that her people possessed an aboriginal right to fish for commercial purposes but only the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. Finally, the legislative provision under constitutional challenge was not only aimed at commercial fishing but also at the non-commercial sale, trade and barter of fish.

The trial judge and the Court of Appeal erred in framing the issue and in using a "frozen right" approach. The trial judge, since he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1), made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. An appellate court, given these palpable and overriding errors affecting the trial judge's assessment of the facts, is accordingly justified in intervening in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial.

The fishery always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. These activities formed part of the

suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

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

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

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

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autoch-

Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time — for centuries before the arrival of Europeans — and continued in modernized forms until the present day. The criteria regarding the characterization and the time requirement of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* were met.

*Per* McLachlin J. (dissenting): A court considering the question of whether a particular practice is the exercise of a s. 35(1) constitutional aboriginal right must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the Crown's position as fiduciary for the first peoples. The legal perspectives of both the European and the aboriginal societies must be incorporated and the common law being applied must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

The sale at issue should not be labelled as something other than commerce. One person selling something to another is commerce. The critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

An aboriginal right must be distinguished from the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms and remain constant over the centuries. The exercise of rights may take many forms and vary from place to place and from time to time. The principle that aboriginal rights must be ancestral rights is reconciled with this Court's insistence that aboriginal rights not be frozen by the determination of whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right. The rights are ancestral: their exercise takes modern forms.

History is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. A practice, however, need not be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal

tone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue — pendant des siècles avant l'arrivée des Européens — et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

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

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

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

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec

rights do not find their source in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question, which existed prior to the imposition of European law and which often dated from time immemorial.

Continuity — a link — must be established between the historic practice and the right asserted. The exercise of a right can lapse, however, for a period of time. Aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982.

Neither the “integral part” nor the “dynamic rights” approach provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists, even though each captures important facets of aboriginal rights. The “integral-incident” test is too broad, too indeterminate and too categorical.

Aboriginal rights should be defined through an empirical approach. Inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1) should be drawn from history rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is.

The common law predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles: (1) that the Crown asserted title subject to existing aboriginal interests in their traditional lands and adjacent waters, and (2) that those interests were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for their sustenance is a fundamental aboriginal right which is supported by the common law and by the history of this country and which is enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained therefrom. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. The right is not the right to

les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

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

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

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

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce

trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for traditional needs, albeit in their modern form. If the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what they traditionally obtained from the resource — basic housing, transportation, clothing and amenities — over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers.

All aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. Any right, aboriginal or other, also carries with it the obligation to use it responsibly. The Crown must establish a regulatory regime which respects these objectives.

The evidence conclusively established that over many centuries the fishery was used not only for food and ceremonial purposes but also for a variety of other needs. The scale of fishing here fell well within the limit of the traditional fishery.

### *Extinguishment*

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The question of the extinguishment of the right found to exist must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

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

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource — pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

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

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

### *Extinction*

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

*Per* McLachlin J. (dissenting): For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain". No government of the day considered either the aboriginal right or the effect of its proposed action on that right, as required by the "clear and plain" test, in effecting any regulations which allegedly had the effect of extinguishing the aboriginal right to fish commercially.

### *Prima Facie Infringement*

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of *prima facie* infringement must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

*Per* McLachlin J. (dissenting): The inquiry into infringement involves two stages: (1) the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to his or her actions, and (2) the Crown must then show that the regulatory scheme satisfied the particular aboriginal entitlement to fish for sustenance. The second requirement was not met.

### *Justification*

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The question of justification must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

*Per* McLachlin J. (dissenting): A large view of justification which cuts back the aboriginal right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony should not be adopted. It runs counter to the authorities, is indeterminate and ultimately more political than legal. A more limited view of justification, that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use, should be adopted.

A government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Limits that have the effect of transferring the

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

### *Atteinte à première vue*

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

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

### *Justification*

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

*Le* juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

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

resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified.

Subject to the limitations relating to conservation and prevention of harm to others, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony and supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times. Non-aboriginal peoples may use the resource subject to these conditions.

The regulation at issue was not justified.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

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

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sparrow*, [1990] 1

*miers* ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

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

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

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

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

*R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*,

S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

[1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

*Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

### Statutes and Regulations Cited

*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].  
*British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), (2), 52.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 81, 82, 88.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.  
*Order in Council*, P.C. 2539 (September 11, 1917).  
*Oregon Boundary Treaty, 1846*, 34 B.S.P. 14.  
*Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

### Authors Cited

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.  
 Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.  
 Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.  
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Bowker, Andrea. "Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.  
 Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.  
*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition".  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

*Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

### Lois et règlements cités

*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10.  
 Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), (2), 52.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).  
*Oregon Boundary Treaty, 1846*, 34 B.S.P. 14.  
*Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.  
*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

### Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.  
 Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.  
 Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.  
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.  
 Bowker, Andrea. «Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.  
 Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.  
*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59.
- Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights", paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.
- Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act*, 1982, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, "ancestral".
- Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral".
- Slattery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.
- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.
- Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.
- Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act*, 1982, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».
- Slattery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

Slaterry, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slaterry, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261.

Slaterry, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

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

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

Slaterry, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, allowing an appeal from a judgment of Selbie J. (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, allowing an appeal from conviction by Scarlett Prov. Ct. J., [1991] 3 C.N.L.R. 155. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Louise Mandell and Leslie J. Pinder*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C.*, and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

*René Morin*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

*J. Keith Lowes*, for the intervenor the Fisheries Council of British Columbia.

*Christopher Harvey, Q.C.*, and *Robert Lonergan*, for the intervenors the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Slaterry, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slaterry, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.

Slaterry, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Harry A. Slade, Arthur C. Pape and Robert C. Freedman, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, Q.C., and Michael Jackson, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and Clayton C. Ruby, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal, along with the companion appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, raises the issue left unresolved by this Court in its judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075: How are the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to be defined?

<sup>2</sup> In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous Court, outlined the framework for analyzing s. 35(1) claims. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right. Second, a court must determine whether that right has been extinguished. Third, a court must determine whether that right has been infringed. Finally, a court must determine whether the infringement is justified. In *Sparrow*, however, it was not seriously disputed that the Musqueam had an aboriginal right to fish for food, with the result that it was unnecessary for the Court to answer the question of how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined. It is this question and, in particular, the question of whether s. 35(1)

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

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

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

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

LE JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit

recognizes and affirms the right of the Sto:lo to sell fish, which must now be answered by this Court.

In order to define the scope of aboriginal rights, it will be necessary first to articulate the purposes which underpin s. 35(1), specifically the reasons underlying its recognition and affirmation of the unique constitutional status of aboriginal peoples in Canada. Until it is understood why aboriginal rights exist, and are constitutionally protected, no definition of those rights is possible. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, a constitutional provision must be understood "in the light of the interests it was meant to protect". This principle, articulated in relation to the rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies equally to the interpretation of s. 35(1).

This judgment will thus, after outlining the context and background of the appeal, articulate a test for identifying aboriginal rights which reflects the purposes underlying s. 35(1), and the interests which that constitutional provision is intended to protect.

## II. Statement of Facts

The appellant Dorothy Van der Peet was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offence of selling fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. At the time at which the appellant was charged s. 27(5) read:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The charges arose out of the sale by the appellant of 10 salmon on September 11, 1987. The salmon had been caught by Steven and Charles Jimmy under the authority of an Indian food fish

des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

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

En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger.

## II. Exposé des faits

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

27. . . .

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

Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsis-

licence. Charles Jimmy is the common law spouse of the appellant. The appellant, a member of the Sto:lo, has not contested these facts at any time, instead defending the charges against her on the basis that in selling the fish she was exercising an existing aboriginal right to sell fish. The appellant has based her defence on the position that the restrictions imposed by s. 27(5) of the Regulations infringe her existing aboriginal right to sell fish and are therefore invalid on the basis that they violate s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

tance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### III. Judgments Below

### III. Les décisions des juridictions inférieures

*Provincial Court*, [1991] 3 C.N.L.R. 155

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

7 Scarlett Prov. Ct. J. rejected the appellant's argument that she sold fish pursuant to an aboriginal right. On the basis of the evidence from members of the appellant's band, and anthropological experts, he found that, historically, the Sto:lo people clearly fished for food and ceremonial purposes, but that any trade in salmon that occurred was incidental and occasional only. He found, at p. 160, that there was no trade of salmon "in any regularized or market sense" but only "opportunistic exchanges taking place on a casual basis". He found that the Sto:lo could not preserve or store fish for extended periods of time and that the Sto:lo were a band rather than a tribal culture; he held both of these facts to be significant in suggesting that the Sto:lo did not engage in a market system of exchange. On the basis of these findings regarding the nature of the Sto:lo trade in salmon, Scarlett Prov. Ct. J. held that the Sto:lo's aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. He therefore found the accused guilty of violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*.

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

*Supreme Court of British Columbia* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Selbie J. of the Supreme Court of British Columbia held that Scarlett Prov. Ct. J. erred when he looked at the evidence in terms of whether or not it demonstrated that the Sto:lo participated in a market system of exchange. The evidence should not have been considered in light of “contemporary tests for ‘marketing’” (at para. 15) but should rather have been viewed so as to determine whether it “is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise” (at para. 16). He held, at para. 16, that the evidence in this case was consistent with an aboriginal right to sell fish because it suggested that aboriginal societies had no stricture or prohibition against the sale of fish, with the result that “when the first Indian caught the first salmon he had the ‘right’ to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time”. Selbie J. therefore held that the Sto:lo had an aboriginal right to sell fish and that the trial judge’s verdict against the appellant was inconsistent with the evidence. He remanded for a new trial on the questions of whether this right had been extinguished, whether the regulations infringed the right and whether any infringement of the right had been justified.

*The Court of Appeal* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and restored the guilty verdict of Scarlett Prov. Ct. J. Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) held, at para. 20, that a practice will be protected as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* where the evidence establishes that it had “been exercised, at the time sovereignty was asserted, for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society”. To be protected as an aboriginal right, however, the practice cannot have become “preva-

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

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

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

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l’appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l’appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu’une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu’elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l’affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante

lent merely as a result of European influences” (para. 21) but must rather arise from the aboriginal society itself. On the basis of this test Macfarlane J.A. held that the Sto:lo did not have an aboriginal right to sell fish. The question was not, he held at para. 30, whether the Sto:lo could support a right to dispose of surplus food fish on a casual basis but was rather whether they had a right to “sell fish allocated for food purposes on a commercial basis” which should be given constitutional priority in the allocation of the fishery resource. Given that this was the question, Macfarlane J.A. held that the assessment of the evidence by the trial judge was correct. The evidence, while indicating that surplus fish would have been disposed of or traded, did not establish that the “purpose of fishing was to engage in commerce” (para. 41). While the Sto:lo did trade salmon with the Hudson’s Bay Company prior to the British assertion of sovereignty in a manner that could be characterized as commercial, this trade was “not of the same nature and quality as the aboriginal traditions disclosed by the evidence” (para. 41) and did not, therefore, qualify for protection as an aboriginal right under s. 35(1).

de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s’être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n’avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n’était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d’établir l’existence du droit d’aliéner du poisson excédentaire à l’occasion, mais bien de savoir s’ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c’était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui — même si elle indiquait qu’on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d’échanges — n’établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l’affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d’Hudson contre d’autres biens, d’une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l’existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

10 In his concurring judgment Wallace J.A. articulated a test for aboriginal rights similar to that of Macfarlane J.A. in so far as he too held, at para. 78, that the practices protected as aboriginal rights by s. 35(1) are those “traditional and integral to the native society pre-sovereignty”. Wallace J.A. emphasized that s. 35(1) should not be interpreted as having the purpose of enlarging the pre-1982 concept of aboriginal rights; instead it should be seen as having the purpose of protecting from legislative encroachment those aboriginal rights that existed in 1982. Section 35(1) was not enacted so as to facilitate the current objectives of the aboriginal community but was rather enacted so as to pro-

Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l’égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l’affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu’il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d’élargir la notion de droits ancestraux telle qu’elle existait avant 1982, mais plutôt qu’il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n’a pas été

tect “traditional aboriginal practices integral to the culture and traditional way of life of the native community” (para. 78). Wallace J.A. held, at para. 104, that rights should not be “determined by reference to the economic objectives of the rights-holders”. He concluded from this analytical framework that the trial judge was correct in determining that the commercial sale of fish is different in nature and kind from the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance and ceremonial purposes, with the result that the appellant could not be said to have been exercising an aboriginal right when she sold the fish.

Lambert J.A. dissented. While he agreed that aboriginal rights are those aboriginal customs, traditions and practices which are an integral part of a distinctive aboriginal culture, he added to that proposition the proviso that to determine whether a practice is in fact integral it is necessary first to describe it correctly. In his view, the appropriate description of a right or practice is one based on the significance of the practice to the particular aboriginal culture. As such, in determining the extent to which aboriginal fishing is a protected right under s. 35(1) a court should look not to the purpose for which aboriginal people fished, but should rather look at the significance of fishing to the aboriginal society; it is the social significance of fishing which is integral to the distinctive aboriginal society and which is, therefore, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Lambert J.A. found support for this proposition in this Court’s judgment in *Sparrow, supra*, in the American case law arising out of disputes over the terms of treaties signed with aboriginal people in the Pacific northwest (see, e.g., *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), and in the general principle that the definition of aboriginal rights must take into account the perspective of aboriginal people. Lambert J.A. held that the social significance of fishing for the Sto:lo was that fishing was the means by which they provided themselves with a moderate livelihood; he therefore

édicte pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d’analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu’il était impossible d’affirmer que l’appelante exerçait un droit ancestral lorsqu’elle a vendu le poisson.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d’une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d’abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l’importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n’est pas la pêche mais son importance sociale qui fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l’appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l’arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu’un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l’importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette

held at para. 150 that the Sto:lo had an aboriginal right protected by s. 35(1)

*to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . . .* [Emphasis in original.]

Lambert J.A. rejected the position of the majority that the commercial dimension of the fishery was introduced by Europeans and therefore outside of the protection of s. 35(1). The key point, he suggested, is not that the Europeans introduced commerce, but is rather that as soon as the Europeans arrived the Sto:lo began trading with them. In doing so the Sto:lo were not breaking with their past; the trade with the Hudson's Bay Company "represented only a response to a new circumstance in the carrying out of the existing practice" (para. 180). Lambert J.A. went on to hold that the Sto:lo right to fish for a moderate livelihood had not been extinguished and that it had been infringed by s. 27(5) of the Regulations in a manner not justified by the Crown. He would thus have dismissed the appeal of the Crown and entered a verdict of acquittal.

activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

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

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

12 Hutcheon J.A. also dissented. He did so on the basis that there is no authority for the proposition that the relevant point for identifying aboriginal rights is prior to contact with Europeans and European culture. Hutcheon J.A. held that the relevant historical time is instead 1846, the time of the assertion of British sovereignty in British Columbia. Since it is undisputed that by 1846 the Sto:lo were trading commercially in salmon, the Sto:lo can claim an aboriginal right to sell fish protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Hutcheon J.A. held further that this right had not been extinguished prior to 1982. In the result, he would have remanded for a new trial on the issues of infringement and justification.

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

#### IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in defining the aboriginal rights protected by s. 35(1) as those practices integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples. The appellant argued that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal rights are recognized for the purpose of protecting the traditional way of life of aboriginal people. The appellant also argued that the Court of Appeal erred in requiring that the Sto:lo satisfy a long-time use test, in requiring that they demonstrate an absence of European influence and in failing to adopt the perspective of aboriginal peoples themselves.

The First Nations Summit intervened in support of the appellant as did Delgamuukw et al. and Pamajewon et al. The Fisheries Council of British Columbia, the Attorney General of Quebec, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation intervened in support of the respondent Crown.

#### V. Analysis

##### *Introduction*

I now turn to the question which, as I have already suggested, lies at the heart of this appeal: How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?

In her factum the appellant argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined the rights in s. 35(1) in a fashion which

#### IV. Moyens d'appel

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

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

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

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

#### V. Analyse

##### *Introduction*

J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au cœur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une

13

1996 CanLII 216 (SCC)

14

15

16

“converted a Right into a Relic”; such an approach, the appellant argued, is inconsistent with the fact that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are rights and not simply aboriginal practices. The appellant acknowledged that aboriginal rights are based in aboriginal societies and cultures, but argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined aboriginal rights through the identification of pre-contact activities instead of as pre-existing legal rights.

manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante, est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

17 While the appellant is correct to suggest that the mere existence of an activity in a particular aboriginal community prior to contact with Europeans is not, in itself, sufficient foundation for the definition of aboriginal rights, the position she would have this Court adopt takes s. 35(1) too far from that which the provision is intended to protect. Section 35(1), it is true, recognizes and affirms existing aboriginal rights, but it must not be forgotten that the rights it recognizes and affirms are aboriginal.

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

18 In the liberal enlightenment view, reflected in the American Bill of Rights and, more indirectly, in the *Charter*, rights are held by all people in society because each person is entitled to dignity and respect. Rights are general and universal; they are the way in which the “inherent dignity” of each individual in society is respected: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336.

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

19 Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights “inhere in the very meaning of aboriginality”, Michael Asch and Patrick Macklem, “Aboriginal Rights and Cana-

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

dian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights.

The way to accomplish this task is, as was noted at the outset, through a purposive approach to s. 35(1). It is through identifying the interests that s. 35(1) was intended to protect that the dual nature of aboriginal rights will be comprehended. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. explained the rationale for a purposive approach to constitutional documents. Courts should take a purposive approach to the Constitution because constitutions are, by their very nature, documents aimed at a country's future as well as its present; the Constitution must be interpreted in a manner which renders it "capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter, supra*, at p. 155. A purposive approach to s. 35(1), because ensuring that the provision is not viewed as static and only relevant to current circumstances, will ensure that the recognition and affirmation it offers are consistent with the fact that what it is recognizing and affirming are "rights". Further, because it requires the court to analyze a given constitutional provision "in the light of the interests it was meant to protect"

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

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

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

(*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344), a purposive approach to s. 35(1) will ensure that that which is found to fall within the provision is related to the provision's intended focus: aboriginal people and their rights in relation to Canadian society as a whole.

22

In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held at p. 1106 that it was through a purposive analysis that s. 35(1) must be understood:

The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. [Emphasis added.]

In that case, however, the Court did not have the opportunity to articulate the purposes behind s. 35(1) as they relate to the scope of the rights the provision is intended to protect. Such analysis is now required to be undertaken.

*General Principles Applicable to Legal Disputes Between Aboriginal Peoples and the Crown*

23

Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow*, *supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added.]

24

This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights — *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066 — arises from the

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

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

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

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

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

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

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

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités — *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la

nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

#### *Purposive Analysis of Section 35(1)*

I now turn to a purposive analysis of s. 35(1).

When the court identifies a constitutional provision's purposes, or the interests the provision is intended to protect, what it is doing in essence is explaining the rationale of the provision; it is articulating the reasons underlying the protection that the provision gives. With regards to s. 35(1), then, what the court must do is explain the rationale and foundation of the recognition and affirmation of the special rights of aboriginal peoples; it must identify the basis for the special status that aboriginal peoples have within Canadian society as a whole.

p. 1066 — découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

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

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

Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne.

28

In identifying the basis for the recognition and affirmation of aboriginal rights it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. At common law aboriginal rights did not, of course, have constitutional status, with the result that Parliament could, at any time, extinguish or regulate those rights: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 112; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; it is this which distinguishes the aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) from the aboriginal rights protected by the common law. Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law. À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

1996 CanLII 216 (SCC)

29

The fact that aboriginal rights pre-date the enactment of s. 35(1) could lead to the suggestion that the purposive analysis of s. 35(1) should be limited to an analysis of why a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status. This suggestion must be resisted. The pre-existence of aboriginal rights is relevant to the analysis of s. 35(1) because it indicates that aboriginal rights have a stature and existence prior to the constitutionalization of those rights and sheds light on the reasons for protecting those rights; however, the interests protected by s. 35(1) must be identified through an explanation of the basis for the legal doctrine of aboriginal rights, not through an explanation of why that legal doctrine now has constitutional status.

Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édiction du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.

30

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peo-

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-

ples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

That the purpose of s. 35(1) lies in its recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples is suggested by the French version of the text. For the English "existing aboriginal and treaty rights" the French text reads "[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités". The term "ancestral", which *Le Petit Robert 1* (1990) dictionary defines as "[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu'on tient des ancêtres", suggests that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be temporally rooted in the historical presence — the ancestry — of aboriginal peoples in North America.

This approach to s. 35(1) is also supported by the prior jurisprudence of this Court. In *Calder*, *supra*, the Court refused an application by the Nishga for a declaration that their aboriginal title had not been extinguished. There was no majority in the Court as to the basis for this decision; however, in the judgments of both Judson J. and Hall J. (each speaking for himself and two others) the existence of aboriginal title was recognized. Hall J. based the Nishga's aboriginal title in the fact that the land to which they were claiming title had "been in their possession from time immemorial" (*Calder*, *supra*, at p. 375). Judson J. explained the origins of the Nishga's aboriginal title as follows, at p. 328:

dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

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

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

31

1996 CanLII 216 (SCC)

32

33

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. [Emphasis added.]

The position of Judson and Hall JJ. on the basis for aboriginal title is applicable to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder, supra*, can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

34

The basis of aboriginal title articulated in *Calder, supra*, was affirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. The decision in *Guerin* turned on the question of the nature and extent of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples; because, however, Dickson J. based that fiduciary relationship, at p. 376, in the "concept of aboriginal, native or Indian title", he had occasion to consider the question of the existence of aboriginal title. In holding that such title existed, he relied, at p. 376, on *Calder, supra*, for the proposition that "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". [Emphasis added.]

35

The view of aboriginal rights as based in the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies, finds support in the early American decisions of Marshall C.J. Although the

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

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

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

Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions

1996 CanLII 216 (SCC)

constitutional structure of the United States is different from that of Canada, and its aboriginal law has developed in unique directions, I agree with Professor Slattery both when he describes the Marshall decisions as providing “structure and coherence to an untidy and diffuse body of customary law based on official practice” and when he asserts that these decisions are “as relevant to Canada as they are to the United States” — “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 739. I would add to Professor Slattery’s comments only the observation that the fact that aboriginal law in the United States is significantly different from Canadian aboriginal law means that the relevance of these cases arises from their articulation of general principles, rather than their specific legal holdings.

In *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), the first of the Marshall decisions on aboriginal title, the Supreme Court held that Indian land could only be alienated by the U.S. government, not by the Indians themselves. In the course of his decision (written for the court), Marshall C.J. outlined the history of the exploration of North America by the countries of Europe and the relationship between this exploration and aboriginal title. In his view, aboriginal title is the right of aboriginal people to land arising from the intersection of their pre-existing occupation of the land with the assertion of sovereignty over that land by various European nations. The substance and nature of aboriginal rights to land are determined by this intersection (at pp 572-74):

On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendancy. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the

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

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

[TRADUCTION] Lorsqu’elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s’en approprier la plus grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l’occasion de manifester leur ambition et leur esprit d’initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde

new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle, which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all, to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy. [Emphasis added.]

n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

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

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

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

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

It is, similarly, the reconciliation of pre-existing aboriginal claims to the territory that now constitutes Canada, with the assertion of British sovereignty over that territory, to which the recognition and affirmation of aboriginal rights in s. 35(1) is directed.

In *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) the U.S. Supreme Court invalidated the conviction under a Georgia statute of a non-Cherokee man for the offence of living on the territory of the Cherokee Nation. The court held that the law under which he was convicted was *ultra vires* the State of Georgia. In so doing the court considered the nature and basis of the Cherokee claims to the land and to governance over that land. Again, it based its judgment on its analysis of the origins of those claims which, it held, lay in the relationship between the pre-existing rights of the "ancient possessors" of North America and the assertion of sovereignty by European nations (at pp. 542-43 and 559):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws. It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science, conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting, and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast, and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil, from

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

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

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

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

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la

the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which, after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin; because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed. [Emphasis added.]

Marshall C.J.'s essential insight that the claims of the Cherokee must be analyzed in light of their pre-existing occupation and use of the land — their "undisputed" possession of the soil "from time immemorial" — is as relevant for the identification of the interests s. 35(1) was intended to protect as it was for the adjudication of Worcester's claim.

The High Court of Australia has also considered the question of the basis and nature of aboriginal rights. Like that of the United States, Australia's aboriginal law differs in significant respects from that of Canada. In particular, in Australia the courts have not as yet determined whether aboriginal fishing rights exist, although such rights are recognized by statute: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260 and 5-2265. Despite these relevant differences, the analysis of the basis of aboriginal title in the landmark decision of the High Court in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, is persuasive in the Canadian context.

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

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

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

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

La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

The *Mabo* judgment resolved the dispute between the Meriam people and the Crown regarding who had title to the Murray Islands. The islands had been annexed to Queensland in 1879 but were reserved for the native inhabitants (the Meriam) in 1882. The Crown argued that this annexation was sufficient to vest absolute ownership of the lands in the Crown. The High Court disagreed, holding that while the annexation did vest radical title in the Crown, it was insufficient to eliminate a claim for native title; the court held at pp. 50-51 that native title can exist as a burden on the radical title of the Crown: "there is no reason why land within the Crown's territory should not continue to be subject to native title. It is only the fallacy of equating sovereignty and beneficial ownership of land that gives rise to the notion that native title is extinguished by the acquisition of sovereignty".

From this premise, Brennan J., writing for a majority of the Court, went on at p. 58 to consider the nature and basis of aboriginal title:

Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. The ascertainment may present a problem of considerable difficulty, as Moynihan J. perceived in the present case. It is a problem that did not arise in the case of a settled colony so long as the fictions were maintained that customary rights could not be reconciled "with the institutions or the legal ideas of civilized society", *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., at p. 233, that there was no law before the arrival of the British colonists in a settled colony and that there was no sovereign law-maker in the territory of a settled colony before sovereignty was acquired by the Crown. These fictions denied the possibility of a native title recognized by our laws. But once it is acknowledged that an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was "desert uninhabited" in fact, it is necessary to ascertain by evidence the nature and incidents of native title. [Emphasis added.]

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

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

[TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

This position is the same as that being adopted here. "Traditional laws" and "traditional customs" are those things passed down, and arising, from the pre-existing culture and customs of aboriginal peoples. The very meaning of the word "tradition" — that which is "handed down [from ancestors] to posterity", *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), — implies these origins for the customs and laws that the Australian High Court in *Mabo* is asserting to be relevant for the determination of the existence of aboriginal title. To base aboriginal title in traditional laws and customs, as was done in *Mabo*, is, therefore, to base that title in the pre-existing societies of aboriginal peoples. This is the same basis as that asserted here for aboriginal rights.

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

41

Academic commentators have also been consistent in identifying the basis and foundation of the s. 35(1) claims of aboriginal peoples in aboriginal occupation of North America prior to the arrival of Europeans. As Professor David Elliott, at p. 25, puts it in his compilation *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2nd ed. 1994), the "prior aboriginal presence is at the heart of the concept of aboriginal rights". Professor Macklem has, while also considering other possible justifications for the recognition of aboriginal rights, described prior occupancy as the "familiar" justification for aboriginal rights, arising from the "straightforward conception of fairness which suggests that, all other things being equal, a prior occupant of land possesses a stronger claim to that land than subsequent arrivals": Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, at p. 180. Finally, I would note the position of Professor Pentney who has described aboriginal rights as collective rights deriving "their existence from the common law's recognition of [the] prior social organization" of aboriginal peoples: William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II —

Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l'occupation de l'Amérique du Nord par les autochtones avant l'arrivée des Européens. Comme le dit le professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au cœur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d'autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l'occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l'équité selon laquelle, toutes choses égales d'ailleurs, le premier occupant d'un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l'organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney,

1996 CanLII 216 (SCC)

Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 258.

I would note that the legal literature also supports the position that s. 35(1) provides the constitutional framework for reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies occupying the land with Crown sovereignty. In his comment on *Delgamuukw v. British Columbia* ("British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters suggests at pp. 412-13 that the essence of aboriginal rights is their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures:

The challenge of defining aboriginal rights stems from the fact that they are rights peculiar to the meeting of two vastly dissimilar legal cultures; consequently there will always be a question about which legal culture is to provide the vantage point from which rights are to be defined. . . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both legal perspectives. [Emphasis added.]

Similarly, Professor Slaterry has suggested that the law of aboriginal rights is "neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities" (Brian Slaterry, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), at pp. 120-21) and that such rights concern "the status of native peoples living under the Crown's protection, and the position of their lands, customary laws, and political institutions" ("Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 737).

The Canadian, American and Australian jurisprudence thus supports the basic proposition put forward at the beginning of this section: the aboriginal rights recognized and affirmed by

«The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 258.

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

[TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [ . . . ] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrer ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

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

La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayent donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les

s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. The content of aboriginal rights must be directed at fulfilling both of these purposes; the next section of the judgment, as well as that which follows it, will attempt to accomplish this task.

*The Test for Identifying Aboriginal Rights in Section 35(1)*

droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

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

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) — c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions —, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

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

In order to fulfil the purpose underlying s. 35(1) — i.e., the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions — the test for identifying the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed at identifying the crucial elements of those pre-existing distinctive societies. It must, in other words, aim at identifying the practices, traditions and customs central to the aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans.

In *Sparrow*, *supra*, this Court did not have to address the scope of the aboriginal rights protected by s. 35(1); however, in their judgment at p. 1099 Dickson C.J. and La Forest J. identified the Musqueam right to fish for food in the fact that:

The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. [Emphasis added.]

The suggestion of this passage is that participation in the salmon fishery is an aboriginal right because it is an “integral part” of the “distinctive culture” of the Musqueam. This suggestion is consistent with the position just adopted; identifying those practices, customs and traditions that are integral to distinctive aboriginal cultures will serve to identify the crucial elements of the distinctive aboriginal societies that occupied North America prior to the arrival of Europeans.

In light of the suggestion of *Sparrow*, *supra*, and the purposes underlying s. 35(1), the following test should be used to identify whether an applicant has established an aboriginal right protected by s. 35(1): in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

I would note that this test is, in large part, consistent with that adopted by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Although the various judges disagreed on such crucial questions as how the right should be framed, the relevant time at which the aboriginal culture should be examined and the role of European influences in limiting the scope of the right, all of the judges agreed that aboriginal rights must be identified through the practices, customs and traditions of aboriginal cultures. Macfarlane J.A. held at para. 20 that aboriginal rights exist where “the right had been exercised . . . for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society” (emphasis added); Wallace J.A. held at para. 78 that aboriginal rights are those practices “traditional and integral to the native society” (emphasis added); Lambert J.A. held at para. 131 that aboriginal rights are those “custom[s], tradition[s], or practice[s] . . . which formed an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people in question” (emphasis added). While, as will become apparent, I do not adopt entirely the position of any of the judges at the Court of Appeal, their shared position that aboriginal rights lie in those practices,

L’idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d’être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d’identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l’Amérique du Nord avant l’arrivée des Européens.

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

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

customs and traditions that are integral is consistent with the test I have articulated here.

*Factors to be Considered in Application of the Integral to a Distinctive Culture Test*

48

The test just laid out — that aboriginal rights lie in the practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples — requires further elaboration with regards to the nature of the inquiry a court faced with an aboriginal rights claim must undertake. I will now undertake such an elaboration, concentrating on such questions as the time period relevant to the court's inquiry, the correct approach to the evidence presented, the specificity necessary to the court's inquiry, the relationship between aboriginal rights and the rights of aboriginal people as Canadian citizens, and the standard that must be met in order for a practice, custom or tradition to be said to be "integral".

Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves

49

In assessing a claim for the existence of an aboriginal right, a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held, at p. 1112, that it is "crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake". It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware

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

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

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

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

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des

that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada. To quote again Walters, at p. 413: “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives”. The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system.

It is possible, of course, that the Court could be said to be “reconciling” the prior occupation of Canada by aboriginal peoples with Crown sovereignty through either a narrow or broad conception of aboriginal rights; the notion of “reconciliation” does not, in the abstract, mandate a particular content for aboriginal rights. However, the only fair and just reconciliation is, as Walters suggests, one which takes into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law. True reconciliation will, equally, place weight on each.

Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right

Related to this is the fact that in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant’s claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant’s claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support.

revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l’occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d’une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

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

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

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

52

I would note here by way of illustration that, in my view, both the majority and the dissenting judges in the Court of Appeal erred with respect to this aspect of the inquiry. The majority held that the appellant's claim was that the practice of selling fish "on a commercial basis" constituted an aboriginal right and, in part, rejected her claim on the basis that the evidence did not support the existence of such a right. With respect, this characterization of the appellant's claim is in error; the appellant's claim was that the practice of selling fish was an aboriginal right, not that selling fish "on a commercial basis" was. It was however, equally incorrect to adopt, as Lambert J.A. did, a "social" test for the identification of the practice, tradition or custom constituting the aboriginal right. The social test casts the aboriginal right in terms that are too broad and in a manner which distracts the court from what should be its main focus — the nature of the aboriginal community's practices, customs or traditions themselves. The nature of an applicant's claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed; the significance of the practice, custom or tradition to the aboriginal community is a factor to be considered in determining whether the practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture, but the significance of a practice, custom or tradition cannot, itself, constitute an aboriginal right.

53

To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. In this case, therefore, the Court will consider the actions which led to the appellant's being charged, the fishery regulation under which she was charged and the practices, customs and traditions she invokes in support of her claim.

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

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

1996 CanLII 216 (SCC)

It should be acknowledged that a characterization of the nature of the appellant's claim from the actions which led to her being charged must be undertaken with some caution. In order to inform the court's analysis the activities must be considered at a general rather than at a specific level. Moreover, the court must bear in mind that the activities may be the exercise in a modern form of a practice, custom or tradition that existed prior to contact, and should vary its characterization of the claim accordingly.

In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was.

This aspect of the integral to a distinctive culture test arises from fact that aboriginal rights have their basis in the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies. To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal

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

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

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

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

rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1).

société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

Moreover, the aboriginal rights protected by s. 35(1) have been said to have the purpose of reconciling pre-existing aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canada. To reconcile aboriginal societies with Crown sovereignty it is necessary to identify the distinctive features of those societies; it is precisely those distinctive features which need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

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

As was noted earlier, Lambert J.A. erred when he used the significance of a practice, custom or tradition as a means of identifying what the practice, custom or tradition is; however, he was correct to recognize that the significance of the practice, custom or tradition is important. The significance of the practice, custom or tradition does not serve to identify the nature of a claim of acting pursuant to an aboriginal right; however, it is a key aspect of the court's inquiry into whether a practice, custom or tradition has been shown to be an integral part of the distinctive culture of an aboriginal community. The significance of the practice, custom or tradition will inform a court as to whether or not that practice, custom or tradition can be said to be truly integral to the distinctive culture in question.

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

A practical way of thinking about this problem is to ask whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is. One must ask, to put the question affirmatively, whether or not a practice, custom or tradition is a defining feature of the culture in question.

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

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact

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

The time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the

La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait

standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies. Because it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights.

The fact that the doctrine of aboriginal rights functions to reconcile the existence of pre-existing aboriginal societies with the sovereignty of the Crown does not alter this position. Although it is the sovereignty of the Crown that the pre-existing aboriginal societies are being reconciled with, it is to those pre-existing societies that the court must look in defining aboriginal rights. It is not the fact that aboriginal societies existed prior to Crown sovereignty that is relevant; it is the fact that they existed prior to the arrival of Europeans in North America. As such, the relevant time period is the period prior to the arrival of Europeans, not the period prior to the assertion of sovereignty by the Crown.

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the

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

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

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

pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights.

et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

63

I would note in relation to this point the position adopted by Brennan J. in *Mabo, supra*, where he holds, at p. 60, that in order for an aboriginal group to succeed in its claim for aboriginal title it must demonstrate that the connection with the land in its customs and laws has continued to the present day:

... when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition.

The relevance of this observation for identifying the rights in s. 35(1) lies not in its assertion of the effect of the disappearance of a practice, custom or tradition on an aboriginal claim (I take no position on that matter), but rather in its suggestion of the importance of considering the continuity in the practices, customs and traditions of aboriginal communities in assessing claims to aboriginal rights. It is precisely those present practices, customs and traditions which can be identified as having continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact that will be the basis for the identification and definition of aboriginal rights under s. 35(1). Where an aboriginal community can demonstrate that a particular practice, custom or tradition is integral to its distinctive culture today, and that this practice, custom or tradition has continuity with the practices, customs and traditions of pre-contact times, that community will have demonstrated that the practice, custom or tradition is an aboriginal right for the purposes of s. 35(1).

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

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

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

64

The concept of continuity is also the primary means through which the definition and identification of aboriginal rights will be consistent with the

Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en

1996 CanLII 216 (SCC)

admonition in *Sparrow, supra*, at p. 1093, that “the phrase ‘existing aboriginal rights’ must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time”. The concept of continuity is, in other words, the means by which a “frozen rights” approach to s. 35(1) will be avoided. Because the practices, customs and traditions protected by s. 35(1) are ones that exist today, subject only to the requirement that they be demonstrated to have continuity with the practices, customs and traditions which existed pre-contact, the definition of aboriginal rights will be one that, on its own terms, prevents those rights from being frozen in pre-contact times. The evolution of practices, customs and traditions into modern forms will not, provided that continuity with pre-contact practices, customs and traditions is demonstrated, prevent their protection as aboriginal rights.

I would note that the concept of continuity does not require aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact. It may be that for a period of time an aboriginal group, for some reason, ceased to engage in a practice, custom or tradition which existed prior to contact, but then resumed the practice, custom or tradition at a later date. Such an interruption will not preclude the establishment of an aboriginal right. Trial judges should adopt the same flexibility regarding the establishment of continuity that, as is discussed, *infra*, they are to adopt with regards to the evidence presented to establish the prior-to-contact practices, customs and traditions of the aboriginal group making the claim to an aboriginal right.

Further, I would note that basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the fact that s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* includes within the defi-

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

Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu’il l’ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n’empêche pas l’établissement d’un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu’en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d’établir l’existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n’est pas incompatible avec le fait que, aux

inition of “aboriginal peoples of Canada” the Métis people of Canada.

67

Although s. 35 includes the Métis within its definition of “aboriginal peoples of Canada”, and thus seems to link their claims to those of other aboriginal peoples under the general heading of “aboriginal rights”, the history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35’s protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)’s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question. It may, or it may not, be the case that the claims of the Métis are determined on the basis of the pre-contact practices, customs and traditions of their aboriginal ancestors; whether that is so must await determination in a case in which the issue arises.

Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims

68

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal cul-

termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

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

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

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d’une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d’une culture

ture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger, supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent

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

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

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

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir

significance to the aboriginal culture in which it exists

une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

70

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition but must rather be itself of integral significance to the aboriginal society. Where two customs exist, but one is merely incidental to the other, the custom which is integral to the aboriginal community in question will qualify as an aboriginal right, but the custom that is merely incidental will not. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

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

1996 CanLII 216 (SCC)

The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct

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

71

The standard which a practice, custom or tradition must meet in order to be recognized as an aboriginal right is not that it be distinct to the aboriginal culture in question; the aboriginal claimants must simply demonstrate that the practice, custom or tradition is distinctive. A tradition or custom that is distinct is one that is unique — “different in kind or quality; unlike” (*Concise Oxford Dictionary, supra*). A culture with a distinct tradition must claim that in having such a tradition it is different from other cultures; a claim of distinctness is, by its very nature, a claim relative to other cultures or traditions. By contrast, a culture that claims that a practice, custom or tradition is distinctive — “distinguishing, characteristic” — makes a claim that is not relative; the claim is rather one about the culture's own practices, customs or traditions considered apart from the prac-

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

tices, customs or traditions of any other culture. It is a claim that this tradition or custom makes the culture what it is, not that the practice, custom or tradition is different from the practices, customs or traditions of another culture. The person or community claiming the existence of an aboriginal right protected by s. 35(1) need only show that the particular practice, custom or tradition which it is claiming to be an aboriginal right is distinctive, not that it is distinct.

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow, supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow, supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1).

The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence

The fact that Europeans in North America engaged in the same practices, customs or traditions as those under which an aboriginal right is claimed will only be relevant to the aboriginal claim if the practice, custom or tradition in question can only be said to exist because of the influence of European culture. If the practice, custom or tradition was an integral part of the aboriginal community's culture prior to contact with Europe-

inctive — «qui permet de distinguer, caractéristique» — ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

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

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

Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n'est pertinent pour l'appréciation de la revendication autochtone que s'il est possible d'affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n'existe qu'en raison de l'influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d'une

ans, the fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. On the other hand, where the practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences then that practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right.

Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples

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

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

74 As was noted in the discussion of the purposes of s. 35(1), aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a subcategory of aboriginal rights which deals solely with claims of rights to land. The relationship between aboriginal title and aboriginal rights must not, however, confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

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

75 With these factors in mind I will now turn to the particular claim made by the appellant in this case to have been acting pursuant to an aboriginal right.

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

*Application of the Integral to a Distinctive Culture Test to the Appellant's Claim*

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. In this case the most accurate characterization of the appellant's position is that she is claiming an aboriginal right to exchange fish for money or for other goods. She is claiming, in other words, that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral part the exchange of fish for money or other goods.

That this is the nature of the appellant's claim can be seen through both the specific acts which led to her being charged and through the regulation under which she was charged. Mrs. Van der Peet sold 10 salmon for \$50. Such a sale, especially given the absence of evidence that the appellant had sold salmon on other occasions or on a regular basis, cannot be said to constitute a sale on a "commercial" or market basis. These actions are instead best characterized in the simple terms of an exchange of fish for money. It follows from this that the aboriginal right pursuant to which the appellant is arguing that her actions were taken is, like the actions themselves, best characterized as an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

Moreover, the regulations under which the appellant was charged prohibit all sale or trade of fish caught pursuant to an Indian food fish licence. As such, to argue that those regulations implicate the appellant's aboriginal right requires no more of her than that she demonstrate an aboriginal right to the exchange of fish for money (sale) or other goods (trade). She does not need to demonstrate an aboriginal right to sell fish commercially.

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

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

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

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

76

1996 CanLII 216 (SCC)

77

78

79 The appellant herself characterizes her claim as based on a right "to sufficient fish to provide for a moderate livelihood". In so doing the appellant relies on the "social" test adopted by Lambert J.A. at the British Columbia Court of Appeal. As has already been noted, however, a claim to an aboriginal right cannot be based on the significance of an aboriginal practice, custom or tradition to the aboriginal community in question. The definition of aboriginal rights is determined through the process of determining whether a particular practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture of the aboriginal group. The significance of the practice, custom or tradition is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. As such, the appellant's claim cannot be characterized as based on an assertion that the Sto:lo's use of the fishery, and the practices, customs and traditions surrounding that use, had the significance of providing the Sto:lo with a moderate livelihood. It must instead be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery, here the custom of exchanging fish for money or other goods.

80 Having thus identified the nature of the appellant's claim, I turn to the fundamental question of the integral to a distinctive culture test: Was the practice of exchanging fish for money or other goods an integral part of the specific distinctive culture of the Sto:lo prior to contact with Europeans? In answering this question it is necessary to consider the evidence presented at trial, and the findings of fact made by the trial judge, to determine whether the evidence and findings support the appellant's claim that the sale or trade of fish is an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo.

81 It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the

L'appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRANSDUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s'appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d'un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l'importance d'une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l'appelante ne saurait être fondée sur l'assertion que l'utilisation de la pêche par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu'elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

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

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue con-

trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact... This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge...

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial

sidérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

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

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

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

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de pre-

judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses, *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50.

mière instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

82

In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error". This is particularly the case given that those findings of fact were made on the basis of Scarlett Prov. Ct. J.'s assessment of the credibility and testimony of the various witnesses appearing before him.

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

1996 CanLII 216 (SCC)

83

In adjudicating this case Scarlett Prov. Ct. J. obviously did not have the benefit of direction from this Court as to how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined, with the result that his legal analysis of the evidence was not entirely correct; however, that Scarlett Prov. Ct. J. was not entirely correct in his legal analysis of the facts as he found them does not mean that he made a clear and palpable error in reviewing the evidence and making those findings of fact. Indeed, a review of the transcript and exhibits submitted to this Court demonstrate that Scarlett Prov. Ct. J. conducted a thorough and compelling review of the evidence before him and committed no clear and palpable error which would justify this Court, or any other appellate court, in substituting its findings of fact for his. Moreover, I would note that the appellant, while disagreeing with Scarlett Prov. Ct. J.'s legal analysis of the facts, made no

Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord

arguments suggesting that in making findings of fact from the evidence before him Scarlett Prov. Ct. J. committed a palpable and overriding error.

Scarlett Prov. Ct. J. carefully considered all of the testimony presented by the various witnesses with regards to the nature of Sto:lo society and came to the following conclusions at p. 160:

Clearly, the Sto:lo fish for food and ceremonial purposes. Evidence presented did not establish a regularized market system in the exchange of fish. Such fish as were exchanged through individual trade, gift, or barter were fish surplus from time to time. Natives did not fish to supply a market, there being no regularized trading system, nor were they able to preserve and store fish for extended periods of time. A market as such for salmon was not present but created by European traders, primarily the Hudson's Bay Company. At Fort Langley the Sto:lo were able to catch and deliver fresh salmon to the traders where it was salted and exported. This use was clearly different in nature and quantity from aboriginal activity. Trade in dried salmon with the fort was clearly dependent upon Sto:lo first satisfying their own requirements for food and ceremony.

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This Court accepts the evidence of Dr. Stryd and John Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

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

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

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic.

I would add to Scarlett Prov. Ct. J.'s summation of his findings only the observation, which does not contradict any of his specific findings, that the testimony of the experts appearing before him indicated that such limited exchanges of salmon as took place in Sto:lo society were primarily linked to the kinship and family relationships on which Sto:lo society was based. For example, under cross-examination Dr. Daly described trade as occurring through the "idiom" of maintaining family relationships:

The medium or the idiom of much trade was the idiom of kinship, of providing hospitality, giving gifts, reciprocating in gifts. . . .

Similarly, Mr. Dewhirst testified that the exchange of goods was related to the maintenance of family and kinship relations.

85 The facts as found by Scarlett Prov. Ct. J. do not support the appellant's claim that the exchange of salmon for money or other goods was an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo. As has already been noted, in order to be recognized as an aboriginal right, an activity must be of central significance to the culture in question — it must be something which makes that culture what it is. The findings of fact made by Scarlett Prov. Ct. J. suggest that the exchange of salmon for money or other goods, while certainly taking place in Sto:lo society prior to contact, was not a significant, integral or defining feature of that society.

86 First, Scarlett Prov. Ct. J. found that, prior to contact, exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes. As was noted above, to constitute an aboriginal right, a custom must

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

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

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

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

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

Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme

itself be integral to the distinctive culture of the aboriginal community in question; it cannot be simply incidental to an integral custom. Thus, while the evidence clearly demonstrated that fishing for food and ceremonial purposes was a significant and defining feature of the Sto:lo culture, this is not sufficient, absent a demonstration that the exchange of salmon was itself a significant and defining feature of Sto:lo society, to demonstrate that the exchange of salmon is an integral part of Sto:lo culture.

For similar reasons, the evidence linking the exchange of salmon to the maintenance of kinship and family relations does not support the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. Exchange of salmon as part of the interaction of kin and family is not of an independent significance sufficient to ground a claim for an aboriginal right to the exchange of fish for money or other goods.

Second, Scarlett Prov. Ct. J. found that there was no "regularized trading system" amongst the Sto:lo prior to contact. The inference drawn from this fact by Scarlett Prov. Ct. J., and by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal, was that the absence of a market means that the appellant could not be said to have been acting pursuant to an aboriginal right because it suggests that there is no aboriginal right to fish commercially. This inference is incorrect because, as has already been suggested, the appellant in this case has only claimed a right to exchange fish for money or other goods, not a right to sell fish in the commercial marketplace; the significance of the absence of regularized trading systems amongst the Sto:lo arises instead from the fact that it indicates that the exchange of salmon was not widespread in Sto:lo society. Given that the exchange of salmon was not widespread it cannot be said that, prior to contact, Sto:lo culture was defined by trade in salmon; trade or exchange of salmon took place, but the

il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

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

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

absence of a market demonstrates that this exchange did not take place on a basis widespread enough to suggest that the exchange was a defining feature of Sto:lo society.

échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

1996 CanLII 216 (SCC)

89

Third, the trade engaged in between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company, while certainly of significance to the Sto:lo society of the time, was found by the trial judge to be qualitatively different from that which was typical of the Sto:lo culture prior to contact. As such, it does not provide an evidentiary basis for holding that the exchange of salmon was an integral part of Sto:lo culture. As was emphasized in listing the criteria to be considered in applying the "integral to" test, the time relevant for the identification of aboriginal rights is prior to contact with European societies. Unless a post-contact practice, custom or tradition can be shown to have continuity with pre-contact practices, customs or traditions, it will not be held to be an aboriginal right. The trade of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company does not have the necessary continuity with Sto:lo culture pre-contact to support a claim to an aboriginal right to trade salmon. Further, the exchange of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company can be seen as central or significant to the Sto:lo primarily as a result of European influences; activities which become central or significant because of the influence of European culture cannot be said to be aboriginal rights.

Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

90

Finally, Scarlett Prov. Ct. J. found that the Sto:lo were at a band level of social organization

Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande

rather than at a tribal level. As noted by the various experts, one of the central distinctions between a band society and a tribal society relates to specialization and division of labour. In a tribal society there tends to be specialization of labour — for example, specialization in the gathering and trade of fish — whereas in a band society division of labour tends to occur only on the basis of gender or age. The absence of specialization in the exploitation of the fishery is suggestive, in the same way that the absence of regularized trade or a market is suggestive, that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. I would note here as well Scarlett Prov. Ct. J.'s finding that the Sto:lo did not have the means for preserving fish for extended periods of time, something which is also suggestive that the exchange or trade of fish was not central to the Sto:lo way of life.

For these reasons, then, I would conclude that the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo society which existed prior to contact. The exchange of fish took place, but was not a central, significant or defining feature of Sto:lo society. The appellant has thus failed to demonstrate that the exchange of salmon for money or other goods by the Sto:lo is an aboriginal right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

### *The Sparrow Test*

Since the appellant has failed to demonstrate that the exchange of fish was an aboriginal right of the Sto:lo, it is unnecessary to consider the tests for extinguishment, infringement and justification laid out by this Court in *Sparrow, supra*.

## VI. Disposition

Having concluded that the aboriginal rights of the Sto:lo do not include the right to exchange fish for money or other goods, I would dismiss the

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

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

### *Le critère établi dans Sparrow*

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

## VI. Dispositif

Comme j'ai conclu que les droits ancestraux des Sto:lo ne comprennent pas le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, je suis

appeal and affirm the decision of the Court of Appeal restoring the trial judge's conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*. There will be no order as to costs.

d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante par le juge du procès à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

94

For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

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

**Question** Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

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

**Answer** No.

**Réponse** Non.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

95

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which judgment is handed down concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans lesquels jugement est rendu en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

96

While the narrow issue in this particular case deals with whether the Sto:lo, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, the broader issue is the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

Bien que la question restreinte qui se pose en l'espèce soit de savoir si les Sto:lo, dont l'appelante fait partie, possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, la question plus générale porte sur l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution.

97

The Chief Justice concludes that the Sto:lo do not possess an aboriginal right to exchange fish for money or other goods and that, as a result, the appellant's conviction under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, should be upheld. Not only do I disagree with the result he reaches, but I also diverge from his analysis of the issue at bar, spe-

Le Juge en chef conclut que les Sto:lo ne possèdent pas le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens et que, en conséquence, la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14 devrait être confirmée. Je suis non seulement en désaccord avec ce résul-

cifically as to his approach to defining aboriginal rights and as to his delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

The Chief Justice has set out the facts and judgments and I will only briefly refer to them for a better understanding of what follows.

Dorothy Van der Peet, the appellant, was charged with violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and, thereby, committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of the appellant's sale of 10 salmon caught by her common law spouse and his brother under the authority of an Indian food fish licence, issued pursuant to s. 27(1) of the Regulations. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, is the provision here under constitutional challenge; it provides:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

The appellant, her common law husband and his brother are all members of the Sto:lo Band, part of the Coast Salish Nation. Both parties to this dispute accept that the appellant sold the fish, that the sale of the fish was contrary to the Regulations and that the fish were caught pursuant to a recognized aboriginal right to fish. The parties disagree, however, as to the nature of the Sto:lo's relationship with the fishery, particularly whether their right to fish encompasses the right to sell, trade and barter fish.

Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge found on the evidence, [1991] 3 C.N.L.R. 155, that trade by the Sto:lo was incidental to fishing for food and was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. He held,

tat, mais également avec l'analyse que fait le Juge en chef de la question en litige, tout particulièrement avec sa façon de définir les droits ancestraux et la définition qu'il donne du droit ancestral revendiqué par l'appelante.

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

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

27. . . .

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

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

Le juge du procès, le juge Scarlett de la Cour provinciale, a conclu que, à la lumière de la preuve, [1991] 3 C.N.L.R. 155, les échanges faits par les Sto:lo étaient un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires et qu'ils

98

1996 CanLII 216 (SCC)

100

101

therefore, that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell and found the appellant guilty as charged.

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

102 On appeal to the British Columbia Supreme Court, (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, Selbie J., the summary appeal judge, gave a different interpretation to the oral testimony, expert evidence and archaeological records. In his view, the evidence demonstrated that the Sto:lo's relationship with the fishery was broad enough to include the trade of fish since the Sto:lo who caught fish in their original aboriginal society could do whatever they wanted with that fish. He overturned the appellant's conviction and entered an acquittal.

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

103 At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, the findings and verdict of the trial judge were restored. The majority of the Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., found that the Sto:lo engaged only in casual exchanges of fish and that this was entirely different from fishing for commercial and market purposes. Lambert J.A., dissenting, held that the best description of the aboriginal practices, traditions and customs of the Sto:lo was one which included the sale, trade and barter of fish. Also dissenting, Hutcheon J.A. focused on the evidence demonstrating that by 1846, the date of British sovereignty, trade in salmon was taking place in the Sto:lo community.

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

104 Leave to appeal was granted by this Court and the Chief Justice stated the following constitutional question:

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

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

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

In my view, the definition of aboriginal rights as to their nature and extent must be addressed in the broader context of the historical aboriginal reality in Canada. Therefore, before going into the specific analysis of aboriginal rights protected under s. 35(1), a review of the legal evolution of aboriginal history is in order.

### I. Historical and General Background

It is commonly accepted that the first aboriginal people of North America came from Siberia, over the Bering terrestrial bridge, some 12,000 years ago. They found a *terra nullius* and gradually began to explore and populate the territory. These people have always enjoyed, whether as nomadic or sedentary communities, some kind of social and political structure. Accordingly, it is fair to say that prior to the first contact with the Europeans, the native people of North America were independent nations, occupying and controlling their own territories, with a distinctive culture and their own practices, traditions and customs.

In that regard, it is useful to acknowledge the findings of Marshall C.J. of the United States Supreme Court in the so-called trilogy, comprised of *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), and *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Particularly in *Worcester*, Marshall C.J.'s general description of aboriginal societies in North America is apropos (at pp. 542-43):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws.

This passage was quoted, with approval, by Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 383. Also in *Calder*,

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

### I. Le contexte historique général

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

À cet égard, il est utile de faire état des conclusions du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans ce qu'on appelle la trilogie, savoir les arrêts suivants: *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831) et *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). Dans *Worcester*, tout particulièrement, le juge en chef Marshall a donné une description générale pertinente des sociétés autochtones d'Amérique du Nord (aux pp. 542 et 543):

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

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Hall dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la

Judson J., for the majority in the result, made the following observations at p. 328:

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. [Emphasis added.]

See also, regarding the independent character of aboriginal nations, the remarks of Lamer J. (as he then was) in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1053.

108 At the time of the first formal arrival of the Europeans, in the sixteenth century, most of the territory of what is now Canada was occupied and used by aboriginal people. From the earliest point, however, the settlers claimed sovereignty in the name of their home country. Traditionally, there are four principles upon which states have relied to justify the assertion of sovereignty over new territories: see Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). These are: (1) conquest, (2) cession, (3) annexation, and (4) settlement, i.e., acquisition of territory that was previously unoccupied or is not recognized as belonging to another political entity.

109 In the eyes of international law, the settlement thesis is the one rationale which can most plausibly justify European sovereignty over Canadian territory and the native people living on it (see Patrick Macklem, "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173) although there is still debate as to whether the land was indeed free for occupation. See Brian Slattery, "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, and Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

110 In spite of the sovereignty proclamation, however, the early practices of the British recognized

p. 383. Dans ce même arrêt, le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, a fait les observations suivantes, à la p. 328:

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. [Je souligne.]

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

Au seizième siècle, à l'époque de l'arrivée officielle des Européens, la majeure partie du territoire qui est aujourd'hui le Canada était occupée et utilisée par les peuples autochtones. Cependant, dès leur arrivée, les colons ont affirmé la souveraineté de leur mère patrie sur ce territoire. Traditionnellement, quatre principes ont été invoqués par les États pour affirmer leur souveraineté sur de nouveaux territoires: voir Brian Slattery, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories* (1979). Ces principes sont: (1) la conquête, (2) la cession, (3) l'annexion, et (4) la colonisation, c'est-à-dire l'acquisition d'un territoire qui n'était pas occupé auparavant ou qui n'était pas reconnu comme appartenant à une autre entité politique.

En droit international, c'est le principe de la colonisation qui permet de justifier de la façon la plus plausible la souveraineté européenne sur le territoire canadien et les autochtones qui l'habitaient (voir Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173), quoique la question de savoir s'il s'agissait d'un territoire libre qui pouvait être occupé continue d'être débattue. (Voir Brian Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681, et Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution* (1984).

Malgré la proclamation de souveraineté, cependant, par les pratiques qu'ils ont appliquées au

aboriginal title or rights and required their extinguishment by cession, conquest or legislation: see André Émond, "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59, at p. 62. This tradition of the British imperial power (either applied directly or after French capitulation) was crystallized in the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, Dickson C.J. and La Forest J. wrote the following regarding Crown sovereignty and British practices *vis-à-vis* aboriginal people at p. 1103:

It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the Royal Proclamation of 1763 bears witness, there was from the outset never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown. . . .

See also André Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1, at p. 1.

As a result, it has become accepted in Canadian law that aboriginal title, and aboriginal rights in general, derive from historic occupation and use of ancestral lands by the natives and do not depend on any treaty, executive order or legislative enactment: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 390, *per* Hall J., confirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was), and *Sparrow*, *supra*; see also the decision of the High Court of Australia in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1. See also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, at p. 242, and Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 679. This position is known as the "inherent theory" of aboriginal rights, as contrasted with the "contingent theory" of aboriginal rights: see Michael Asch and Patrick Macklem,

départ les Britanniques reconnaissaient les titres autochtones ou droits ancestraux et ils exigeaient qu'ils aient été éteints par cession, conquête ou législation: voir André Émond, «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59, à la p. 62. La *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, a cristallisé cette tradition du pouvoir impérial britannique (qui s'est appliquée soit directement, soit après la capitulation de la France).

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit ce qui suit relativement à la souveraineté de Sa Majesté et aux pratiques britanniques vis-à-vis des peuples autochtones (à la p. 1103):

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté. . .

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

En conséquence, il est maintenant reconnu en droit canadien que le titre autochtone et les droits ancestraux en général découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales par les autochtones et qu'ils ne sont pas tributaires de quelque traité, décret ou mesure législative: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 390, le juge Hall; confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) et *Sparrow*, précité; voir également l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 de la High Court of Australia. Voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232, à la p. 242, et Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 679. Cette position est la [TRADUCTION] «théorie du caractère inhérent» des droits ancestraux, par

“Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, “First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination” (1991), 36 *McGill L.J.* 382, and Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

opposition à la «théorie du caractère conditionnel» des droits ancestraux: voir Michael Asch and Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, et Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989).

113 Aboriginal people's occupation and use of North American territory was not static, nor, as a general principle, should be the aboriginal rights flowing from it. Natives migrated in response to events such as war, epidemic, famine, dwindling game reserves, etc. Aboriginal practices, traditions and customs also changed and evolved, including the utilisation of the land, methods of hunting and fishing, trade of goods between tribes, and so on. The coming of Europeans increased this fluidity and development, bringing novel opportunities, technologies and means to exploit natural resources: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 741-42. Accordingly, the notion of aboriginal rights must be open to fluctuation, change and evolution, not only from one native group to another, but also over time.

L'occupation et l'utilisation du territoire de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones n'étaient pas statiques et, en règle générale, les droits ancestraux en découlant ne devraient pas l'être non plus. Poussés par divers événements telles des guerres, des épidémies, des famines et la rareté du gibier, les autochtones migraient. De même, leurs coutumes, pratiques et traditions changeaient et évoluaient, notamment l'utilisation des terres, les méthodes de chasse et de pêche, l'échange de biens entre tribus. L'arrivée des Européens a accru ces déplacements et ces changements, créant de nouvelles occasions et introduisant de nouvelles techniques et méthodes d'exploitation des ressources naturelles: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 741 et 742. En conséquence, la notion de droits ancestraux doit pouvoir fluctuer, changer et évoluer, non seulement d'un groupe autochtone à l'autre, mais aussi dans le temps.

114 Aboriginal interests arising out of natives' original occupation and use of ancestral lands have been recognized in a body of common law rules referred to as the doctrine of aboriginal rights: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 732. These principles define the terms upon which the Crown acquired sovereignty over native people and their territories.

Les intérêts autochtones découlant de leur occupation et utilisation originales des terres ancestrales ont été reconnus dans un ensemble de règles de common law appelées doctrine des droits ancestraux; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 732. Ces principes définissent les conditions auxquelles Sa Majesté a acquis la souveraineté sur les autochtones et leur territoire.

115 The traditional and main component of the doctrine of aboriginal rights relates to aboriginal title, i.e., the *sui generis* proprietary interest which gives native people the right to occupy and use the land at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title and exclusive right to purchase the land: see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The*

La principale composante traditionnelle de la doctrine des droits ancestraux concerne le titre aborigène, c'est-à-dire le droit foncier *sui generis* qui confère aux autochtones le droit d'occuper et d'utiliser à leur gré les terres visées, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre et possède le droit exclusif

1996 CanLII 216 (SCC)

*Queen* (1888), 14 A.C. 46 (P.C.), at p. 54, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and at p. 383, *per* Hall J., and *Guerin*, *supra*, at pp. 378 and 382, *per* Dickson J. (as he then was).

The concept of aboriginal title, however, does not capture the entirety of the doctrine of aboriginal rights. Rather, as its name indicates, the doctrine refers to a broader notion of aboriginal rights arising out of the historic occupation and use of native ancestral lands, which relate not only to aboriginal title, but also to the component elements of this larger right — such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, traditions and customs — as well as to other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture: see W. I. C. Binnie, “The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?” (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, and Douglas Sanders, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory. There are, however, important distinctions to draw between these types of lands with regard to the legislation applicable and claims of aboriginal rights.

Reserve lands are those lands reserved by the Federal Government for the exclusive use of Indian people; such lands are regulated under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. On reserve lands, federal legislation, pursuant to s. 91(24) of the

d'acheter les terres en question: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46 (C.P.), à la p. 54, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson et à la p. 383, le juge Hall, et *Guerin*, précité, aux pp. 378 et 382, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

Cependant, le titre aborigène ne représente pas l'ensemble de la doctrine des droits ancestraux. Au contraire, comme son nom l'indique, cette doctrine vise un ensemble plus grand de droits fondés sur l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, qui comprend non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire: voir W. I. C. Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217, et Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.

Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien. Cependant, des distinctions importantes doivent être faites entre ces divers types de terres quant aux lois qui leur sont applicables et aux droits ancestraux qui peuvent y être revendiqués.

Les terres des réserves sont les terres qui sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont régies par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. S'applique sur ces terres et les lois fédérales, conformé-

*Constitution Act, 1867*, as well as provincial laws of general application, pursuant to s. 88 of the *Indian Act*, are applicable. However, under s. 81 of the *Indian Act*, band councils can enact by-laws, for particular purposes specified therein, which supplant incompatible provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the Act — as well as incompatible federal legislation — in so far as the Minister of Indian Affairs has not disallowed the by-laws pursuant to s. 82 of the Act. The latter scenario was the foundation of the claims in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, and partly in *R. v. Nikal*, *supra*.

ment au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les lois provinciales d'application générale, conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cependant, les conseils de bande peuvent, en vertu de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, décréter des règlements administratifs pour les fins particulières précisées dans cette disposition. Ces règlements administratifs remplacent les lois provinciales incompatibles — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la Loi — ainsi que les lois fédérales incompatibles — dans la mesure où le ministre des Affaires indiennes ne désavoue pas les règlements administratifs en question conformément à l'art. 82 de la Loi. Ce dernier scénario était le fondement des réclamations à l'origine de l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, et il l'était en partie dans *R. c. Nikal*, précité.

1996 CanLII 216 (SCC)

119

Aboriginal title lands are lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion, subject to the Crown's ultimate title (see *Guerin v. The Queen*, *supra*, at p. 382); federal and provincial legislation applies to aboriginal title lands, pursuant to the governments' respective general legislative authority. Aboriginal title of this kind is founded on the common law and strict conditions must be fulfilled for such title to be recognized: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518. In fact, aboriginal title exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. It follows that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be; these rights are severable from and can exist independently of aboriginal title. As I have already noted elsewhere, the source of these rights is the historic occupation and use of ancestral lands by the natives.

Les terres visées par un titre aborigène sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre (voir *Guerin c. La Reine*, précité, à la p. 382). Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux terres visées par un titre aborigène, conformément au pouvoir général de légiférer respectif de ces deux ordres de gouvernement. Un titre aborigène de cette nature est fondé sur la common law et doit respecter des conditions strictes pour être reconnu: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518. De fait, le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Il s'ensuit que des droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais pas nécessairement. Ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, la source de ces droits est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales.

120

Aboriginal title can also be founded on treaties concluded between the natives and the competent

Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité entre les autochtones concernés et le gou-

government: see *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901. Where this occurs, the aboriginal rights crystallized in the treaty become treaty rights and their scope must be delineated by the terms of the agreement. The rights arising out of a treaty are immune from provincial legislation — even that enacted under s. 88 of the *Indian Act* — unless the treaty incorporates such legislation, as in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. A treaty, however, does not exhaust aboriginal rights; such rights continue to exist apart from the treaty, provided that they are not substantially connected to the rights crystallized in the treaty or extinguished by its terms.

Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. In these cases, the aboriginal rights on the land are restricted to residual portions of the aboriginal title — such as the rights to hunt, fish or trap — or to other matters not connected to land; they do not, therefore, entail the full *sui generis* proprietary right to occupy and use the land.

Both the Canadian Parliament and provincial legislatures can enact legislation, pursuant to their respective general legislative competence, that affect native activities on aboriginal right lands. As Cory J. puts it in *Nikal*, *supra* (at para. 92): “[t]he government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights [of the natives and of the rest of Canadian society] should interact”. See also, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at pp. 328-29, *per* Judson J., and at p. 401, *per* Hall J; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78, *Sparrow*, *supra*, at p. 1103, and

vernement compétent: voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901. Dans un tel cas, les droits ancestraux cristallisés dans le traité deviennent des droits issus de traités et leur portée doit être déterminée eu égard aux conditions de cet accord. Les droits découlant d'un traité sont soustraits à l'application des lois provinciales — même celles édictées en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* — sauf si le traité incorpore ces lois, voir l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Cependant, un traité ne fait pas disparaître les droits ancestraux. De tels droits continuent d'exister, indépendamment du traité, pourvu qu'ils ne se rattachent pas de façon importante aux droits qui ont été cristallisés dans le traité ou éteints par les conditions de celui-ci.

Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Dans de tels cas, les droits ancestraux visant ces terres se limitent aux aspects résiduels du titre aborigène — tel le droit de chasser, de pêcher ou de piéger — ou à d'autres aspects ne se rapportant pas au territoire. Ces droits ne comportent donc pas le plein droit de propriété *sui generis* d'occuper et d'utiliser les terres.

Tant le législateur fédéral que les assemblées législatives provinciales peuvent édicter, conformément à leur pouvoir général respectif de légiférer, des mesures législatives applicables aux activités des autochtones sur les terres visées par des droits ancestraux. Comme le dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité (au par. 92): «[l]e gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits [ceux des autochtones et du reste de la société canadienne] devraient interagir». Voir aussi *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 328 et 329, le juge Judson, et à la p. 401, le juge Hall, *Guerin*, précité, aux pp. 377 et

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109.

378, *Sparrow*, précité, à la p. 1103 et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 109.

123

These types of lands are not static or mutually exclusive. A piece of land can be conceived of as aboriginal title land and later become reserve land for the exclusive use of Indians; such land is then, reserve land on aboriginal title land. Further, aboriginal title land can become aboriginal right land because the occupation and use by the particular group of aboriginal people has narrowed to specific activities. The bottom line is this: on every type of land described above, to a larger or smaller degree, aboriginal rights can arise and be recognized.

Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type. Ainsi, on peut imaginer que des terres qualifiées de terres visées par un titre aborigène deviennent par la suite des terres de réserve mises de côté pour l'usage exclusif des Indiens. Ces terres sont alors des terres de réserve situées sur des terres visées par un titre aborigène. Par ailleurs, des terres visées par un titre aborigène peuvent devenir des terres visées par un droit ancestral, si le groupe autochtone concerné ne les occupent et ne les utilisent que pour des activités spécifiques. Bref, la situation est la suivante: sur chacun des types de terres que j'ai décrits précédemment, des droits ancestraux peuvent naître et être reconnus, dans une plus ou moins grande mesure.

124

This being said, the instant case is confined to the recognition of an aboriginal right and does not involve by-laws on a reserve or claims of aboriginal title, nor does it relate to any treaty rights. The contention of the appellant is simply that the Sto:lo, of which she is one, possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

Cela dit, le présent pourvoi ne vise qu'à faire reconnaître un droit ancestral et il ne met en jeu ni règlement administratif décrété dans une réserve ni revendication d'un titre aborigène, et il ne concerne aucun droit issu de traité. L'appelante soutient simplement que le peuple Sto:lo, dont elle fait partie, possède — du fait de l'occupation et de l'utilisation historiques de ses terres — un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

125

Prior to 1982, the doctrine of aboriginal rights was founded only on the common law and aboriginal rights could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign": see *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen*, *supra*, at p. 54, also *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; see also, regarding the mode of extinguishing aboriginal rights, Kenneth Lysyk, "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of *Calder*" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils [TRADUCTION] «dépendaient de la bonne volonté du Souverain»: voir *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen*, précité, à la p. 54, *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642 et *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; voir aussi, en ce qui concerne le mode d'extinction des droits ancestraux, Kenneth Lysyk, «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of *Calder*» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.

Since then, however, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides constitutional protection to aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada": see Brian Slattery, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261, at p. 263. Consequently, as I shall examine in some detail, the general legislative authority over native activities is now limited and legislation which infringes upon existing aboriginal or treaty rights must be justified.

The general analytical framework developed under s. 35(1) will now be outlined before proceeding with the interpretation of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights.

## II. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and the *Sparrow* Test

The analysis of the issue before us must start with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, found in Part II of that Act entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", which provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

The scope of s. 35(1) was discussed in *Sparrow*, *supra*. In that case, a member of the Musqueam Band, Ronald Edward Sparrow, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with the offence of fishing with a drift-net in excess of the 25-fathom depth permitted by the terms of the band's Indian food fishing licence. The fishing occurred in a narrow channel of the Fraser River, a few miles upstream from Vancouver International Airport. Sparrow readily admitted having fished as alleged, but he contended that, because the Musqueam had an aboriginal right to fish, the attempt to regulate net length was inconsistent with s. 35(1) and was

Depuis ce temps, cependant, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère la protection de la Constitution aux intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada»: voir Brian Slattery, «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261, à la p. 263. En conséquence, comme je l'examinerai de façon approfondie, le pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones est maintenant limité, et toute mesure législative portant atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités doit être justifiée.

Avant de passer à l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, je vais exposer ci-après le cadre d'analyse général qui a été élaboré pour l'application du par. 35(1).

## II. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le test établi dans *Sparrow*

L'analyse de la question dont nous sommes saisis commence par l'examen du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui figure à la partie II de cette loi et qui est intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada». Ce paragraphe est ainsi rédigé:

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

La portée du par. 35(1) a été examinée dans *Sparrow*, précité. Dans cette affaire, un membre de la bande indienne des Musqueams, Ronald Edward Sparrow, avait été accusé, en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que les 25 brasses autorisées par le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande. L'accusé avait pêché dans un étroit passage du fleuve Fraser, à quelques milles en amont de l'Aéroport international de Vancouver. Sparrow a volontiers reconnu avoir pêché de la manière reprochée, mais il a prétendu que, en raison du droit de pêche ancestral des Musqueams, les

126

1996 CanLII 216 (SCC)

127

128

129

thus rendered of no force or effect by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

mesures visant à réglementer la longueur des filets étaient incompatibles avec le par. 35(1) et, par conséquent, inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

130 I pause here to note that in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. stressed the importance of taking a case-by-case approach to the interpretation of the rights involved in s. 35(1). They stated at p. 1111:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

See also *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.).

Je m'arrête ici un moment pour signaler que, dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné l'importance de procéder à un examen cas par cas en matière d'interprétation des droits visés par le par. 35(1). Ils ont affirmé ce qui suit, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Voir également *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 et *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

131 The Court, nevertheless, developed a basic analytical framework for constitutional claims of aboriginal right protection under s. 35(1). The test set out in *Sparrow* includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. I shall briefly discuss each of them in turn.

Notre Cour a néanmoins élaboré un cadre fondamental d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1). Le test énoncé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Je vais examiner brièvement chacune de ces étapes à tour de rôle.

132 The rights of aboriginal people constitutionally protected in s. 35(1) are those in existence at the time of the enactment of the *Constitution Act, 1982*. However, the manner in which they were regulated in 1982 is irrelevant to the definition of aboriginal rights because they must be assessed in their contemporary form; aboriginal rights are not frozen in time: see *Sparrow*, at p. 1093; see also Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, and William Pentney, "The Rights of the

Les droits des peuples autochtones qui sont protégés par la Constitution au par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, la façon dont ces droits étaient réglementés en 1982 n'est pas pertinente pour la définition des droits ancestraux, étant donné que ceux-ci doivent être appréciés dans leur état actuel; les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps: voir *Sparrow*, à la p. 1093; voir aussi Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4

1996 CanLII 216 (SCC)

Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. The onus is on the claimant to prove that he or she benefits from an existing aboriginal right. I will return later to this first step to elaborate on the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights.

Also, the Crown could extinguish aboriginal rights by legislation prior to 1982, but its intention to do so had to be clear and plain. Therefore, the regulation of an aboriginal activity does not amount to its extinguishment (*Sparrow*, at p. 1097) and legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of aboriginal rights is not sufficient to meet the test. The “clear and plain” hurdle for extinguishment is, as a result, quite high: see *Simon*, *supra*. The onus of proving extinguishment is on the party alleging it, that is, the Crown.

As regards the second step of the *Sparrow* test, when an existing aboriginal right has been established, the claimant must demonstrate that the impugned legislation constitutes a *prima facie* infringement of the right. Put another way, the question becomes whether the legislative provision under scrutiny is in conflict with the recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines, at p. 1112, regarding infringement:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their

*Sup. Ct. L. Rev.* 255 et William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207. Il incombe au demandeur de prouver qu’il bénéficie d’un droit ancestral existant. Je reviendrai plus loin sur cette première étape pour élaborer sur l’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux.

De plus, avant 1982, Sa Majesté pouvait éteindre des droits ancestraux par une mesure législative, mais son intention de le faire devait être claire et expresse. Par conséquent, la réglementation d’une activité autochtone n’équivaut pas à son extinction (*Sparrow*, à la p. 1097), et une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue de droits ancestraux ne suffit pas pour satisfaire au test. La condition relative à l’intention «claire et expresse» d’éteindre un droit est, en conséquence, très exigeante: voir *Simon*, précité. Le fardeau de prouver l’extinction des droits visés incombe à la partie qui l’allègue, en l’occurrence Sa Majesté.

En ce qui concerne la deuxième étape du test formulé dans *Sparrow*, une fois qu’il a établi l’existence d’un droit ancestral, le demandeur doit démontrer que la mesure législative contestée porte atteinte *prima facie* à ce droit. Autrement dit, la question est alors de savoir si la disposition législative examinée est, de par son objet ou de par ses effets, incompatible avec le droit ancestral reconnu. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à la question de l’atteinte, aux pp. 1112 et 1113:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l’exercer? C’est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu’il incombe de prouver qu’il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu’il impose une restriction néfaste à

right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

135 Thirdly, after the claimant has demonstrated that the legislation in question constitutes a *prima facie* infringement of his or her aboriginal right, the onus then shifts again to the Crown to prove that the infringement is justified. Courts will be asked, at this stage, to balance and reconcile the conflicting interests of native people, on the one hand, and of the rest of Canadian society, on the other. Specifically, this last step of the *Sparrow* test requires the assessment of both the validity of the objective of the legislation and the reasonableness of the limitation.

Troisièmement, après que le demandeur a établi que la mesure législative en question constitue une atteinte *prima facie* à son droit ancestral, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe alors à Sa Majesté de prouver que cette atteinte est justifiée. À cette étape, les tribunaux sont appelés à mettre en équilibre et à concilier les intérêts opposés des peuples autochtones d'une part, et ceux du reste de la société canadienne d'autre part. De façon plus particulière, il faut, au cours de la dernière étape du test établi dans *Sparrow*, apprécier la validité de l'objectif de la mesure législative ainsi que le caractère raisonnable de la restriction.

136 As to the objective, there is no doubt that a legislative scheme aimed at conservation and management of natural resources will suffice (*Sparrow*, at p. 1113). Other legislative objectives found to be substantial and compelling, such as the security of the public, can also be valid, depending on the circumstances of each case. The notion of public interest, however, is too vague and broad to constitute a valid objective to justify the infringement of an aboriginal right (*Sparrow*, at p. 1113).

En ce qui concerne l'objectif de la mesure législative, il ne fait aucun doute que si celle-ci vise la conservation et la gestion des ressources naturelles, il s'agira là d'un objectif suffisant (*Sparrow*, à la p. 1113). D'autres objectifs législatifs jugés impérieux et réels, comme la sécurité du public, peuvent être également valides, compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, la notion d'intérêt public est trop vague et générale pour constituer un objectif valide justifiant une atteinte à un droit ancestral (*Sparrow*, à la p. 1113).

137 With respect to the reasonableness of the limits upon the existing aboriginal right, the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people have to be contemplated. At a minimum, this fiduciary duty commands that some priority be afforded to the natives in the regulatory scheme governing the activity recognized as aboriginal right: see *Sparrow*, at pp. 1115-17, also *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, and *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (N.S.C.A.).

En ce qui concerne le caractère raisonnable des restrictions imposées au droit ancestral existant, il faut examiner les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité de Sa Majesté envers les autochtones. Cette obligation de fiduciaire commande à tout le moins que soit accordée une certaine priorité aux autochtones dans le cadre du régime de réglementation régissant l'activité reconnue comme un droit ancestral: voir *Sparrow*, aux pp. 1115 à 1117; aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294 et *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322 (C.A.N.-É.).

A number of other elements may have to be weighed in the assessment of justification. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. drew up the following non-exhaustive list of factors relating to justification at p. 1119:

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

In the case at bar, the issue relates only to the interpretation of the nature and extent of the Sto:lo's aboriginal right to fish and whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes; i.e., the very first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. If it becomes necessary to proceed to extinguishment or to the questions of *prima facie* infringement and justification, the parties agreed that the case should be remitted to trial, as the summary appeal judge did, given that there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

In order to determine whether the Sto:lo benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, it is necessary to elaborate on the appropriate approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights in general. That I now propose to do.

De plus, il pourrait également être nécessaire de tenir compte d'un certain nombre d'autres éléments dans l'appréciation de la justification. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dressé une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération relativement à la justification, à la p. 1119:

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Ceci dit, la question en litige en l'espèce concerne uniquement l'interprétation de la nature et de l'étendue du droit de pêche ancestral des Sto:lo et la question de savoir si ce droit inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, c'est-à-dire la première étape même du test établi dans *Sparrow*, qui porte sur l'évaluation et la définition des droits ancestraux. S'il devient nécessaire d'examiner la question de l'extinction d'un droit ou celles de l'atteinte *prima facie* et de la justification, les parties ont convenu que, comme la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions, l'affaire devrait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires.

Pour déterminer si les Sto:lo bénéficient d'un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, il est nécessaire d'explicitier la méthode qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux en général. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

### III. Interpretation of Aboriginal Rights

### III. Interprétation des droits ancestraux

141 While I am in general agreement with the Chief Justice on the fundamental interpretative canons relating to aboriginal law which he discussed, the application of those rules to his definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* does not, in my view, sufficiently reflect them. For the sake of convenience, I will summarize them here.

Bien que je sois dans l'ensemble d'accord avec les règles fondamentales d'interprétation du droit relatif aux autochtones qu'a examinées le Juge en chef, l'application qu'il a fait de ces règles pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en tient pas suffisamment compte à mon avis. Pour plus de commodité, je vais résumer ces règles ici.

142 First, as with all constitutional provisions, s. 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation in order to give full effect to its purposes: see, regarding the *Constitution Act, 1867*, *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; in the context of the *Charter*, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and, particular to aboriginal rights in s. 35(1), *Sparrow, supra*, at p. 1108, where Dickson C.J. and La Forest J. wrote that "s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content".

Premièrement, le par. 35(1) doit, comme toutes les autres dispositions constitutionnelles, recevoir une interprétation généreuse, large et libérale permettant la réalisation de ses objectifs: relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les arrêts *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016, *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, dans le contexte de la *Charte*, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et en ce qui concerne tout particulièrement les droits ancestraux visés au par. 35(1), *Sparrow*, précité, à la p. 1108, où le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que «le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile».

143 Further, the very nature of ancient aboriginal records, such as treaties, agreements with the Crown and other documentary evidence, commands a generous interpretation, and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, *Simon, supra*, *Horseman, supra*, *Sioui, supra*, *Sparrow, supra*, and *Mitchell, supra*; see also William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at p. 255.

Qui plus est, la nature même des documents autochtones anciens tels que les traités, les accords avec Sa Majesté et les autres éléments de preuve documentaire commandent une interprétation généreuse, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, *Simon*, précité, *Horseman*, précité, *Sioui*, précité, *Sparrow*, précité et *Mitchell*, précité; voir aussi William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, à la p. 255.

144 Second, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal

Deuxièmement, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté

people: see *Taylor, supra*, and *Guerin, supra*. This fiduciary obligation attaches because of the historic power and responsibility assumed by the Crown over aboriginal people. In *Sparrow, supra*, the Court succinctly captured this obligation at p. 1108:

That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also Alain Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.

Finally, but most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. In that respect, the following remarks of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, at p. 1112, are particularly apposite:

While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is possible, and, indeed, crucial, to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake. [Emphasis added.]

Unlike the Chief Justice, I do not think it appropriate to qualify this proposition by saying that the perspective of the common law matters as much as the perspective of the natives when defining aboriginal rights.

These principles of interpretation are important to keep in mind when determining the proper approach to the question of the nature and extent of aboriginal rights protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to which I now turn.

The starting point in contemplating whether an aboriginal practice, tradition or custom warrants

envers les autochtones: voir *Taylor* et *Guerin*, précités. Cette obligation de fiduciaire existe en raison du pouvoir et de la responsabilité historiques assumés par Sa Majesté vis-à-vis des autochtones. Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a exprimé succinctement cette obligation, à la p. 1108:

... savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir également Alain Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.

Enfin, la dernière et la plus importante de ces règles est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. À cet égard, les observations suivantes du juge en chef Dickson et du juge La Forest dans *Sparrow* sont particulièrement à propos, à la p. 1112:

S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est possible et même crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause. [Je souligne.]

Contrairement au Juge en chef, je n'estime pas approprié de restreindre la portée de cet énoncé en affirmant que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

Il faut garder ces principes d'interprétation à l'esprit en déterminant la méthode qu'il convient de suivre dans l'examen de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, question que j'aborde maintenant.

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a fait allusion au point de départ de l'examen de la question de

constitutional protection under s. 35(1) was hinted at by this Court in *Sparrow, supra*. Dickson C.J. and La Forest J. made this observation, at p. 1099, regarding the role of the fishery in Musqueam life:

The scope of the existing Musqueam right to fish must now be delineated. The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. [Emphasis added.]

savoir s'il est justifié d'accorder à une coutume, pratique ou tradition autochtone la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fait l'observation suivante relativement au rôle de la pêche dans la vie des Musqueams à la p. 1099:

Il nous faut maintenant préciser la portée du droit de pêche existant des Musqueams. D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. [Je souligne.]

148 The crux of the debate at the British Columbia Court of Appeal in the present appeal, and in most of the appeals heard contemporaneously, lies in the application of this standard of "integral part of their distinctive culture" to defining the nature and extent of the particular aboriginal right claimed to be protected in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This broad statement of what characterizes aboriginal rights must be elaborated and made more specific so that it becomes a defining criterion. In particular, two aspects must be examined in detail, namely (1) what are the necessary characteristics of aboriginal rights, and (2) what is the period of time relevant to the assessment of such characteristics.

#### *Characteristics of aboriginal rights*

149 The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Which aboriginal practices, traditions and customs warrant constitutional protection? It appears from the jurisprudence developed in the courts below (see the reasons of the British Columbia Court of Appeal and the decision in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470) that two approaches to this difficult question have emerged. The first one, which the Chief Justice endorses, focuses on the particular aboriginal practice, tradition or custom. The second approach, more generic, describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction. For the reasons that follow, I favour the latter approach.

Le cœur du débat en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, ainsi que dans la plupart des appels entendus concurremment, porte sur l'application de la norme de «la partie intégrante de la culture distinctive concernée» en vue de définir la nature et l'étendue du droit ancestral qui, prétend-on, est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet énoncé général des caractéristiques des droits ancestraux doit être précisé davantage pour devenir le test de leur définition. Deux aspects en particulier doivent être examinés en profondeur: (1) les caractéristiques nécessaires des droits ancestraux, et (2) la période pertinente pour l'appréciation de ces caractéristiques.

#### *Les caractéristiques des droits ancestraux*

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Lesquelles des coutumes, pratiques et traditions autochtones nécessitent la protection de la Constitution? Deux méthodes d'analyse de cette difficile question semblent se dégager des jugements des tribunaux inférieurs (voir les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire, et l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470). La première, à laquelle souscrit le Juge en chef, est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. La deuxième, plus générale, décrit les droits ancestraux avec un degré d'abstraction assez élevé. Pour les motifs qui suivent, je préfère cette deuxième méthode.

The approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted. The analysis turns on the manifestations of the “integral part of [aboriginals’] distinctive culture” introduced in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. Further, on this view, what makes aboriginal culture distinctive is that which differentiates it from non-aboriginal culture. The majority of the Court of Appeal adopted this position, as the following passage from Macfarlane J.A.’s reasons reveals (at para. 37):

What was happening in the aboriginal society before contact with the Europeans is relevant in identifying the unique traditions of the aborigines which deserved protection by the common law. It is also necessary to separate those traditions from practices which are not a unique part of Indian culture, but which are common to Indian and non-Indian alike. [Emphasis added.]

Accordingly, if an activity is integral to a culture other than that of aboriginal people, it cannot be part of aboriginal people’s distinctive culture. This approach should not be adopted for the following reasons.

First, on the pure terminology angle of the question, this position misconstrues the words “distinctive culture”, used in the above excerpt of *Sparrow*, by interpreting it as if it meant “distinct culture”. These two expressions connote quite different meanings and must not be confused. The word “distinctive” is defined in *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995) as “distinguishing, characteristic” where the word “distinct” is described as “1 (often foll. by *from*) a not identical; separate; individual. b different in kind or quality; unlike”. While “distinct” mandates comparison and evaluation from a separate vantage point, “distinctive” requires the object to be observed on its own. While describing an object’s “distinctive” qualities may entail describing how the object is different from others (i.e., “distinguishing”), there is nothing in the term that requires it to be plainly different. In fact, all that “distinctive culture” requires is the characterization of aboriginal cul-

La méthode fondée sur l’examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s’attache qu’à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isolent de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées. L’analyse porte sur les manifestations de la «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» formulée dans *Sparrow*, à la p. 1099. De plus, suivant ce point de vue, ce qui rend la culture autochtone distinctive c’est ce qui la distingue de la culture non autochtone. La Cour d’appel à la majorité a adopté ce point de vue, comme le révèle l’extrait qui suit des motifs du juge Macfarlane (au par. 37):

[TRADUCTION] Il est pertinent d’examiner ce qui se passait dans la société autochtone avant le contact avec les Européens pour établir quelles étaient les traditions uniques qui valaient d’être protégées par la common law. Il est également nécessaire de séparer ces traditions des pratiques qui ne constituent pas un aspect propre à la culture indienne, mais qui sont communes aux Indiens et aux non-Indiens. [Je souligne.]

En conséquence, si une activité fait partie intégrante d’une culture autre que celle des autochtones, elle ne peut faire partie de la culture distinctive de ceux-ci. Cette méthode ne devrait pas être adoptée, et ce pour les motifs suivants.

Premièrement, sous l’angle de pure terminologie, cette méthode décrit mal l’expression «culture distinctive» utilisée dans l’extrait précité de l’arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». Il ne faut pas confondre ces deux expressions qui ont des sens fort différents. Dans *The Concise Oxford Dictionary* (9<sup>e</sup> éd. 1995), le terme «distinctive» est défini ainsi: [TRADUCTION] «ce qui distingue, une caractéristique», alors qu’on y définit de la manière suivante le mot «distinct»: [TRADUCTION] «1 (souvent suivi de la préposition «de») a qui n’est pas identique; séparé; individuel. b de qualité ou d’espèce différentes; différent». Alors que le mot «distinct» appelle une comparaison et une évaluation d’un point de vue particulier, le mot «distinctive» exige que l’objet soit observé individuellement. Même si la description des qualités «distinctives» d’un objet peut amener à décrire en quoi celui-ci diffère d’autres objets («ce qui distingue»), le mot «distinctive» ne demande

ture, not its differentiation from non-aboriginal cultures.

152 While the Chief Justice recognizes the difference between “distinctive” and “distinct”, he applies it only as regards the manifestations of the distinctive aboriginal culture, i.e., the individualized practices, traditions and customs of a particular group of aboriginal people. As I will examine in more detail in a moment, the “distinctive” aboriginal culture has, in my view, a generic and much broader application.

153 Second, holding that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures must necessarily be non-aboriginal and thus not aboriginal for the purpose of s. 35(1) is, to say the least, an overly majoritarian approach. This is diametrically opposed to the view propounded in *Sparrow*, *supra*, that the interpretation of aboriginal rights be informed by the fiduciary responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people as well as by the aboriginal perspective on the meaning of the rights. Such considerations command that practices, traditions and customs which characterize aboriginal societies as the original occupiers and users of Canadian lands be protected, despite their common features with non-aboriginal societies.

154 Finally, an approach based on a dichotomy between aboriginal and non-aboriginal practices, traditions and customs literally amounts to defining aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away. Such a strict construction of constitutionally protected aboriginal rights flies in the face of the generous, large and liberal interpretation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* advocated in *Sparrow*.

pas que l’objet soit nettement différent. De fait, tout ce qu’exige l’expression «culture distinctive» c’est que l’on caractérise la culture autochtone et non qu’on la différencie des cultures non autochtones.

Bien que le Juge en chef reconnaisse la différence entre les mots «*distinctive*» et «*distinct*», il n’applique cette différence qu’à l’égard des manifestations de la culture autochtone distinctive, c’est-à-dire les coutumes, pratiques et traditions propres à un groupe particulier d’autochtones. Comme je vais l’examiner plus en détail dans un moment, l’expression culture autochtone «distinctive» a, à mon avis, une application générale et beaucoup plus large.

Deuxièmement, affirmer que ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est nécessairement non autochtone et donc non ancestral pour l’application du par. 35(1) est, pour le moins, une analyse qui accorde beaucoup trop d’importance au point de vue de la majorité. Cette conception est diamétralement opposée au point de vue avancé dans *Sparrow*, précité, suivant lequel l’interprétation des droits ancestraux doit tenir compte de la responsabilité de fiduciaire de Sa Majesté vis-à-vis les peuples autochtones, ainsi que de la perspective autochtone quant à la signification des droits en cause. Ces considérations exigent que soient protégées, malgré leurs points communs avec les sociétés non autochtones, les coutumes, pratiques et traditions qui caractérisent les sociétés autochtones en tant que premiers occupants et usagers du territoire canadien.

Enfin, une analyse fondée sur la dichotomie entre les coutumes, pratiques et traditions autochtones et non autochtones revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu’il en reste après qu’on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones. Une interprétation aussi rigide des droits ancestraux protégés par la Constitution est contraire à l’interprétation généreuse, large et libérale du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* préconisée dans *Sparrow*.

A better approach, in my view, is to examine the question of the nature and extent of aboriginal rights from a certain level of abstraction and generality.

A generic approach to defining the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that the notion of "integral part of [aboriginals'] distinctive culture" constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Instead of focusing on a particular practice, tradition or custom, this conception refers to a more abstract and profound concept. In fact, similar to the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, aboriginal rights protected under s. 35(1) should be contemplated on a multi-layered or multi-faceted basis: see Andrea Bowker, "Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, at pp. 28-29.

Accordingly, s. 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, traditions or customs, as the Chief Justice does, but the "distinctive culture" of which aboriginal activities are manifestations. Simply put, the emphasis would be on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves.

Although I do not claim to examine the question in terms of liberal enlightenment, an analogy with freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter* will illustrate this position. Section 2(b) of the *Charter* does not refer to an explicit catalogue of protected expressive activities, such as political speech, commercial expression or picketing, but involves rather the protection of the ability to express: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *Keegstra, supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, and *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. In other words, the constitutional guarantee of

À mon avis, il vaut mieux examiner la question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux à partir d'un certain degré d'abstraction et de généralité.

L'application d'une analyse générale pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux repose sur le principe que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l'objet du par. 35(1). Au lieu de mettre l'accent sur une coutume, pratique ou tradition particulière, ce principe renvoie à un concept plus abstrait et plus profond. De fait, à l'instar des valeurs constitutionnalisées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits ancestraux protégés au par. 35(1) devraient être examinés au moyen d'une analyse tenant compte d'une multiplicité d'aspects ou de facettes: voir Andrea Bowker, «Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 28 et 29.

En conséquence, il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, comme le soutient le Juge en chef, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. Bref, l'accent serait mis sur l'importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes.

Même si je ne prétends pas examiner la question selon la philosophie libérale des Lumières, une analogie avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* permettra d'illustrer cette position. L'alinéa 2b) de la *Charte* ne dresse pas une liste précise de formes d'expression protégées, comme le discours politique, l'expression commerciale ou le piquetage, mais il vise plutôt à protéger la capacité de s'exprimer: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. En d'autres mots, la liberté d'expres-

155

156

1996 CanLII 216 (SCC)

157

158

freedom of expression is conceptualized, not as protecting the possible manifestations of expression, but as preserving the fundamental purposes for which one may express oneself, i.e., the rationales supporting freedom of expression.

sion garantie par la Constitution est conceptualisée non pas comme une façon de protéger les manifestations possibles de cette liberté, mais plutôt comme un moyen de préserver les raisons fondamentales pour lesquelles une personne s'exprime, c'est-à-dire, les motifs qui sont le fondement de la liberté d'expression.

159 Similarly, aboriginal practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be characterized by referring to the fundamental purposes for which aboriginal rights were entrenched in the *Constitution Act, 1982*. As I have already noted elsewhere, s. 35(1) constitutionalizes the common law doctrine of aboriginal rights which recognizes aboriginal interests arising out of the historic occupation and use of ancestral lands by natives. This, in my view, is how the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture" should be contemplated. The "distinctive aboriginal culture" must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and *Guerin*, *supra*, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was).

De même, les coutumes, pratiques et traditions autochtones protégées en vertu du par. 35(1) devraient être caractérisées au regard des objets fondamentaux de la constitutionnalisation des droits ancestraux dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 35(1) constitutionnalise la doctrine de common law des droits ancestraux, qui reconnaît les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales. À mon avis, c'est ainsi que devrait être envisagée la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive». L'expression «culture autochtone distinctive» doit être considérée comme tenant compte du fait que, en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson J. (plus tard Juge en chef).

160 This rationale should inform the characterization of aboriginal activities which warrant constitutional protection as aboriginal rights. The practices, traditions and customs protected under s. 35(1) should be those that are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. See *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*, at pp. 646-47, *per* Lambert J.A., dissenting; see also Asch and Macklem, "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*", *supra*, at p. 505, and Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 258-59.

Ce raisonnement devrait être appliqué dans la caractérisation des activités autochtones qui commandent la protection de la Constitution en tant que droits ancestraux. Les coutumes, pratiques et traditions protégées en vertu du par. 35(1) devraient être celles qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. Voir *Delgamuukw c. British Columbia*, précité, aux pp. 646 et 647, le juge Lambert, dissident; voir aussi Asch et Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 505 et Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 258 et 259.

161 Put another way, the aboriginal practices, traditions and customs which form the core of the lives

En d'autres mots, les coutumes, pratiques et traditions qui sont au centre de la vie des peuples

1996 CanLII 216 (SCC)

of native people and which provide them with a way and means of living as an organized society will fall within the scope of the constitutional protection under s. 35(1). This was described by Lambert J.A., dissenting at the Court of Appeal, as the "social" form of description of aboriginal rights (see para. 140), a formulation the Chief Justice rejects. Lambert J.A. distinguished these aboriginal activities from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with this description which, although flexible, provides a defining criterion for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights and, contrary to what my colleague McLachlin J. suggests, does not suffer from vagueness or overbreadth, as defined by this Court (see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, and *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031).

Further comments regarding this approach are in order. The criterion of "distinctive aboriginal culture" should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, traditions and customs which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). Further, a generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. Finally, it is almost trite to say that what constitutes a practice, tradition or custom distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people, not through those of the non-native majority or the distorting lens of existing regulations.

It is necessary to discuss at this point the period of time relevant to the assessment of the practices,

autochtones et qui leur assurent les moyens de vivre en société organisée relèveront du champ d'application de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). C'est ce que le juge Lambert, dans sa dissidence en Cour d'appel, a décrit comme étant la forme «sociale» de description des droits ancestraux (au par. 140), énoncé que rejette le Juge en chef. Le juge Lambert a distingué ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d'un groupe particulier d'autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec cette description qui, quoique souple, constitue un critère qui délimite l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits ancestraux, et qui, contrairement à ce qu'affirme ma collègue le juge McLachlin, ne souffre pas d'imprécision et n'a pas une portée excessive, suivant le sens donné à ces termes par notre Cour (voir les arrêts *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 et *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031).

D'autres commentaires s'imposent relativement à cette analyse. Le test de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d'être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Enfin, c'est presque un truisme de dire que ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones, plutôt qu'avec ceux de la majorité non autochtone ou encore à travers le prisme déformant des règlements existants.

Il faut maintenant examiner la question de la période pertinente pour apprécier les coutumes,

traditions and customs which form part of the distinctive culture of a particular group of aboriginal people.

*Period of time relevant to aboriginal rights*

pratiques et traditions qui font partie de la culture distinctive d'un groupe particulier d'autochtones.

*Période pertinente pour l'examen des droits ancestraux*

164 The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, tradition or custom has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Here, again, two basic approaches have been advocated in the courts below (see the decisions of the British Columbia Court of Appeal in this case, and in *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra*), namely the "frozen right" approach and the "dynamic right" approach. An examination of each will show that the latter view is to be preferred.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Une fois encore, deux méthodes principales ont été préconisées devant les tribunaux inférieurs (voir les arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et dans *Delgamuukw c. British Columbia*, précité): la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». L'examen de chacune de ces méthodes démontrera qu'il y a lieu de préférer la dernière.

165 The "frozen right" approach would recognize practices, traditions and customs — forming an integral part of a distinctive aboriginal culture — which have long been in existence at the time of British sovereignty: see Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 758-59. This requires the aboriginal right claimant to prove two elements: (1) that the aboriginal activity has continuously existed for "time immemorial", and (2) that it predated the assertion of sovereignty. Defining existing aboriginal rights by referring to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs implies that aboriginal culture was crystallized in some sort of "aboriginal time" prior to the arrival of Europeans. Contrary to the Chief Justice, I do not believe that this approach should be adopted, for the following reasons.

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions — faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — qui existaient depuis longtemps au moment de la souveraineté britannique: voir Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 758 et 759. Il s'ensuit que la personne qui revendique les droits ancestraux doit prouver deux choses: (1) que l'activité autochtone existe «de temps immémorial», et (2) qu'elle existait avant l'affirmation de la souveraineté. Déterminer les droits ancestraux existants en fonction des coutumes, pratiques et traditions antérieures au contact avec les Européens ou à l'affirmation de la souveraineté britannique sous-entend que la culture autochtone s'est cristallisée au cours d'une sorte d'«époque aborigène», avant l'arrivée des Européens. Contrairement au Juge en chef, je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il y a lieu d'adopter cette méthode.

166 First, relying on the proclamation of sovereignty by the British imperial power as the "cut-off" for the development of aboriginal practices, traditions and customs overstates the impact of European influence on aboriginal communities: see Bowker,

Premièrement, le fait de s'appuyer sur la proclamation de souveraineté par l'empire britannique comme «date limite» de formation des coutumes, pratiques et traditions autochtones exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collecti-

“*Sparrow’s* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal”, *supra*, at p. 22. From the native people’s perspective, the coming of the settlers constitutes one of many factors, though a very significant one, involved in their continuing societal change and evolution. Taking British sovereignty as the turning point in aboriginal culture assumes that everything that the natives did after that date was not sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization. This is no doubt contrary to the perspective of aboriginal people as to the significance of European arrival on their rights.

Second, crystallizing aboriginal practices, traditions and customs at the time of British sovereignty creates an arbitrary date for assessing existing aboriginal rights: see Sébastien Grammond, “La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l’arrêt *Sparrow*” (1991), 36 *McGill L.J.* 1382, at pp. 1403-4. In effect, how would one determine the crucial date of sovereignty for the purpose of s. 35(1)? Is it the very first European contacts with native societies, at the time of the Cabot, Verrazzano and Cartier voyages? Is it at a later date, when permanent European settlements were founded in the early seventeenth century? In British Columbia, did sovereignty occur in 1846 — the year in which the *Oregon Boundary Treaty, 1846* was concluded — as held by the Court of Appeal for the purposes of this litigation? No matter how the deciding date is agreed upon, it will not be consistent with the aboriginal view regarding the effect of the coming of Europeans.

As a third point, in terms of proof, the “frozen right” approach imposes a heavy and unfair burden on the natives: the claimant of an aboriginal right must prove that the aboriginal practice, tradition or custom is not only sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group, but has also been continuously in existence, but as the Chief Justice stresses,

vités autochtones: voir Bowker, «*Sparrow’s* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 22. Du point de vue des autochtones, l’arrivée des colons est un des nombreux facteurs — facteur très important évidemment — qui ont marqué l’évolution constante de leur société. Le fait de considérer la souveraineté britannique comme le point tournant de la culture autochtone suppose que tout ce que les autochtones ont fait après cette date n’était pas suffisamment important et fondamental pour leur culture et leur organisation sociale. Cette prémisse est sans aucun doute à l’opposé du point de vue des autochtones sur l’importance qu’a eue l’arrivée des Européens sur leurs droits.

Deuxièmement, la cristallisation des coutumes, pratiques et traditions autochtones au moment de la souveraineté britannique a pour effet de fixer une date arbitraire pour l’appréciation des droits ancestraux existants: voir Sébastien Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l’arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382, aux pp. 1403 et 1404. En effet, comment déterminerait-on la date cruciale de la souveraineté pour l’application du par. 35(1)? S’agit-il des tout premiers contacts entre les Européens et les sociétés autochtones, à l’époque des voyages de Cabot, de Verrazzano et de Cartier? Est-ce plutôt à une date ultérieure, à la date de la fondation des colonies européennes permanentes au début du XVII<sup>e</sup> siècle? En Colombie-Britannique, la souveraineté est-elle survenue en 1846 — année de la signature du Traité Oregon — comme l’a conclu la Cour d’appel en l’espèce? Peu importe la façon dont on convient de la date déterminante, celle-ci sera incompatible avec le point de vue des autochtones sur l’effet de la venue des Européens.

Troisièmement, sur le plan de la preuve, la méthode fondée sur les «droits figés» impose aux autochtones un fardeau lourd et injuste. En effet, le demandeur qui revendique un droit ancestral doit prouver que la coutume, pratique ou tradition autochtone est non seulement suffisamment importante et fondamentale pour l’organisation sociale et la culture du groupe autochtone, mais aussi qu’elle

even if interrupted for a certain length of time, for an indeterminate long period of time prior to British sovereignty. This test embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society. It forces the claimant to embark upon a search for a pristine aboriginal society and to prove the continuous existence of the activity for "time immemorial" before the arrival of Europeans. This, to say the least, constitutes a harsh burden of proof, which the relaxation of evidentiary standards suggested by the Chief Justice is insufficient to attenuate. In fact, it is contrary to the interpretative approach propounded by this Court in *Sparrow*, *supra*, which commands a purposive, liberal and favourable construction of aboriginal rights.

a existé de façon ininterrompue pendant une longue période indéterminée avant la souveraineté britannique, quoique, comme le souligne le Juge en chef, il ait pu y avoir interruption pendant un certain temps. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones. Il oblige le demandeur à se lancer à la recherche d'une société autochtone originale et à prouver que l'activité existait «de temps immémorial» avant l'arrivée des Européens. Il s'agit là, pour le moins, d'un fardeau de preuve exigeant, que l'assouplissement des normes de preuve suggéré par le Juge en chef ne permet pas d'atténuer. De fait, ce critère va à l'encontre de la méthode d'interprétation avancée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, qui commande une interprétation des droits ancestraux libérale, favorable et fondée sur l'objet.

1996 CanLII 216 (SCC)

169

Moreover, when examining the wording of the constitutional provisions regarding aboriginal rights, it appears that the protection should not be limited to pre-contact or pre-sovereignty practices, traditions and customs. Section 35(2) of the *Constitution Act, 1982* provides that the "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada" (emphasis added). Obviously, there were no Métis people prior to contact with Europeans as the Métis are the result of inter-marriage between natives and Europeans: see Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 272-74. Section 35(2) makes it clear that aboriginal rights are indeed guaranteed to Métis people. As a result, according to the text of the Constitution of Canada, it must be possible for aboriginal rights to arise after British sovereignty, so that Métis people can benefit from the constitutional protection of s. 35(1). The case-by-case application of s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* proposed by the Chief Justice does not address the issue of the interpretation of s. 35(2).

De plus, l'examen du texte des dispositions constitutionnelles concernant les droits ancestraux tend à indiquer que la protection ne devrait pas s'appliquer uniquement aux coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté. En effet, le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que l'expression ««peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada»» (je souligne). Il n'existait évidemment pas de Métis avant le contact avec les Européens, puisque les premiers sont issus de mariages entre autochtones et Européens: voir Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982*, Part II — Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 272 à 274. Le paragraphe 35(2) indique clairement que les droits ancestraux sont effectivement garantis aux Métis. En conséquence, selon le texte de la Constitution du Canada, il faut que des droits ancestraux puissent être nés après l'affirmation de la souveraineté britannique pour que les Métis puissent bénéficier de la protection constitutionnelle offerte par le par. 35(1). L'application cas par cas du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que propose le Juge en chef ne règle pas la question de l'interprétation de cette disposition.

Finally, the “frozen right” approach is inconsistent with the position taken by this Court in *Sparrow*, *supra*, which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982. The following passage from Dickson C.J. and La Forest J.’s reasons makes this point (at p. 1093):

Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery’s expression, in “Understanding Aboriginal Rights,” *supra*, at p. 782, the word “existing” suggests that those rights are “affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour”. Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate “frozen rights” must be rejected. [Emphasis added.]

This broad proposition should be taken to relate, not only to the meaning of the word “existing” found in s. 35(1), but also to the more fundamental question of the time at which the content of the rights themselves is determined. Accordingly, the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights must “permit their evolution over time”.

The foregoing discussion shows that the “frozen right” approach to defining aboriginal rights as to their nature and extent involves several important restrictions and disadvantages. A better position, in my view, would be evolutive in character and give weight to the perspective of aboriginal people. As the following analysis will demonstrate, a “dynamic right” approach to the question will achieve these objectives.

The “dynamic right” approach to interpreting the nature and extent of aboriginal rights starts from the proposition that “the phrase ‘existing aboriginal rights’ must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time” (*Sparrow*, at p. 1093). According to this view, aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary rele-

Enfin, la méthode fondée sur les «droits figés» est incompatible avec la position adoptée par notre Cour dans *Sparrow*, précité, où elle a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982. L’extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest exprime ce point (à la p. 1093):

Loin d’être définie selon le régime de réglementation en vigueur en 1982, l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps. Pour reprendre l’expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights,» précité, à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leur simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu’il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

Cette proposition générale doit être considérée comme visant non seulement le sens du mot «existants» qui figure au par. 35(1), mais aussi la question plus fondamentale de la période servant à la détermination du contenu des droits eux-mêmes. En conséquence, l’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux doit «permettre leur évolution dans le temps».

Il ressort de l’examen qui précède que l’application de la méthode fondée sur les «droits figés», afin de définir la nature et l’étendue des droits ancestraux, comporte plusieurs restrictions et inconvénients importants. À mon avis, une meilleure méthode en serait une qui tiendrait compte de l’évolution des droits et de la perspective autochtone. Comme le démontrera l’analyse qui suit, l’application d’une méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» permettra d’atteindre ces objectifs.

L’interprétation de la nature et de l’étendue des droits ancestraux par la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que «l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps» (*Sparrow*, à la p. 1093). Selon ce principe,

vance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality.

il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue.

173 Distinctive aboriginal culture would not be frozen as of any particular time but would evolve so that aboriginal practices, traditions and customs maintain a continuing relevance to the aboriginal societies as these societies exist in the contemporary world. Instead of considering it as the turning point in aboriginal culture, British sovereignty would be regarded as having recognized and affirmed practices, traditions and customs which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity", founded in British imperial constitutional law, to the effect that when new territory is acquired the *lex loci* of organized societies, here the aboriginal societies, continues at common law.

La culture autochtone distinctive ne serait pas figée à un moment donné, mais elle évoluerait, de sorte que les coutumes, pratiques et traditions conserveraient leur pertinence pour les sociétés autochtones qui vivent dans le monde d'aujourd'hui. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la [TRANSDUCTION] «doctrine de la continuité», fondée sur le droit constitutionnel impérial britannique et selon laquelle, en cas d'acquisition de nouveaux territoires, la *lex loci* des sociétés organisées, en l'occurrence les sociétés autochtones, continue de s'appliquer en vertu de la common law.

174 See, on the doctrine of continuity in general, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, at p. 51, Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), at p. 119, and Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, at pp. 3-274. See also, in the context of Canadian aboriginal law, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, Lafontaine, "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *supra*, at p. 719; and Émond, "Le sable dans l'engrenage du droit

Voir, sur la doctrine de la continuité en général, Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 2, à la p. 51; Joseph Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown* (1820), à la p. 119; et Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law* (1938), vol. 11, aux pp. 3 à 274. Voir aussi dans le contexte du droit canadien en matière autochtone, Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), Mark Walters, «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350; Lafontaine, «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones», *loc. cit.*, à la p. 719; et Émond, «Le sable

inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale", *supra*, at p. 96.

Consequently, in order for an aboriginal right to be recognized and affirmed under s. 35(1), it is not imperative for the practices, traditions and customs to have existed prior to British sovereignty and, a fortiori, prior to European contact, which is the cut-off date favoured by the Chief Justice. Rather, the determining factor should only be that the aboriginal activity has formed an integral part of a distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the aboriginal group — for a substantial continuous period of time as defined above.

Such a temporal requirement is less stringent than the "time immemorial" criterion developed in the context of aboriginal title: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*; and, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, *supra*; see also Grammond, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*", *supra*, at p. 1394. This qualification of the time immemorial test finds support in the *obiter dicta* of this Court in *Sparrow*, *supra*, at p. 1095, regarding the Musqueam Band's aboriginal right to fish:

It is true that for the period from 1867 to 1961 the evidence is scanty. But the evidence was not disputed or contradicted in the courts below and there is evidence of sufficient continuity of the right to support the Court of Appeal's finding, and we would not disturb it. [Emphasis added.]

The substantial continuous period of time for which the aboriginal practice, tradition or custom must have been engaged in will depend on the circumstances and on the nature of the aboriginal right claimed. However, as proposed by Professor Slattery, in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 758, in the context of aboriginal title, "in most cases a period of some twenty to fifty years would seem adequate". This, in my view, should constitute a reference period to determine

dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale», *loc. cit.*, à la p. 96.

En conséquence, pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé en vertu du par. 35(1), il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique et, a fortiori, avant le contact avec les Européens, date limite préconisée par le Juge en chef. De fait, le facteur déterminant devrait uniquement être le fait que l'activité autochtone ait fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive — c'est-à-dire avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe autochtone visé — pendant une période considérable et ininterrompue, au sens indiqué précédemment.

Cette exigence temporelle est moins rigoureuse que le critère du «temps immémorial» fixé dans le contexte du titre aborigène: voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, et *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, précité; voir aussi Grammond, «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*», *loc. cit.*, à la p. 1394. Cette réserve apportée au critère du temps immémorial trouve appui dans les *obiter dicta* de notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1095, relativement au droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams:

Il est vrai qu'en ce qui concerne la période de 1867 à 1961 la preuve est sommaire. Mais la preuve n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure et il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier la conclusion de la Cour d'appel et nous n'y toucherons pas. [Je souligne.]

En ce qui concerne la période considérable et ininterrompue au cours de laquelle la coutume, pratique ou tradition doit avoir été suivie, elle dépendra des circonstances et de la nature du droit ancestral revendiqué. Cependant, comme l'a proposé le professeur Slattery dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 758, à l'égard du titre aborigène, [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, il semble qu'une période de vingt à cinquante ans serait suffisante». Cette période devrait,

175

1996 CanLII 216 (SCC)

176

177

whether an aboriginal activity has been in existence for long enough to warrant constitutional protection under s. 35(1).

à mon avis, constituer la période de référence pour déterminer si une activité autochtone existe depuis assez longtemps pour justifier que lui soit accordée la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1).

178 In short, the substantial continuous period of time necessary to the recognition of aboriginal rights should be assessed based on (1) the type of aboriginal practices, traditions and customs, (2) the particular aboriginal culture and society, and (3) the reference period of 20 to 50 years. Such a time frame does not minimize the fact that in order to benefit from s. 35(1) protection, aboriginal activities must still form the core of the lives of native people; this surely cannot be characterized as an extreme position, as my colleague Justice McLachlin affirms.

Bref, la période considérable et ininterrompue nécessaire pour la reconnaissance des droits ancestraux devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Une telle période ne minimise pas le fait que, pour profiter de la protection du par. 35(1), les activités autochtones visées doivent être au centre de la vie des autochtones concernés. Une telle position ne peut certainement pas être qualifiée d'extrême, comme l'affirme ma collègue madame le juge McLachlin.

179 The most appreciable advantage of the "dynamic right" approach to defining the nature and extent of aboriginal rights is the proper consideration given to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights. It recognizes that distinctive aboriginal culture is not a reality of the past, preserved and exhibited in a museum, but a characteristic that has evolved with the natives as they have changed, modernized and flourished over time, along with the rest of Canadian society. This, in the aboriginal people's perspective, is no doubt the true sense of the constitutional protection provided to aboriginal rights through s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

L'avantage le plus appréciable de la méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux est qu'elle permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants. Elle reconnaît que la culture autochtone distinctive n'est pas une chose du passé, préservée et exposée dans un musée, mais bien une caractéristique qui a évolué en même temps que les autochtones, au fur et à mesure que ceux-ci ont changé, se sont modernisés et ont prospéré au fil du temps, parallèlement au reste de la société canadienne. Voilà manifestement quel est, du point de vue des autochtones, le sens véritable de la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### Summary

### Résumé

180 In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices,

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c.-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres

traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

This approach being set out, I will turn to the specific issue raised by this case, namely whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Before examining the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo people in that respect, a brief review of the case law on aboriginal trade activities, which shows that aboriginal practices, traditions and customs can have different purposes, will be helpful to delineate the issue at bar.

#### IV. Case Law on Aboriginal Trade Activities

At the British Columbia Court of Appeal, the majority framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. Macfarlane J.A. put the question that way because "[i]n essence, [this case] is about an asserted Indian right to sell fish allocated for food purposes on a commercial basis" (see para. 30). I leave aside for the moment the delineation of the aboriginal right claimed in this case in order, first, to examine the case law on treaty and aboriginal rights regarding trade to demonstrate that there is an important distinction to be drawn between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and,

ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue.

Après avoir exposé cette méthode, je vais maintenant aborder la question précise qui se soulève en l'espèce. Est-ce que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance? Avant d'examiner la culture autochtone distinctive des Sto:lo à cet égard, il est utile, pour bien cerner la question en litige, de passer brièvement en revue la jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones, jurisprudence qui montre que les coutumes, pratiques et traditions autochtones peuvent avoir des fins différentes.

#### IV. La jurisprudence concernant les activités d'échange des autochtones

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a indiqué que la question en litige était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le juge Macfarlane a formulé la question en ces termes parce que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, [la présente affaire] porte sur la revendication par des Indiens du droit de vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires» (par. 30). Je laisse de côté pour le moment la définition du droit ancestral revendiqué en l'espèce afin d'examiner la jurisprudence relative aux droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges pour montrer qu'il faut faire une distinction importante entre, d'une part,

on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes.

la vente, l'échange et le troc de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales.

183 This Court, in *Sparrow*, *supra*, proposed to leave to another day the discussion of commercial aspects of the right to fish, since (at p. 1101) "the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes" (emphasis added). Accordingly, Dickson C.J. and La Forest J. confined their reasons to the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes. In so doing, however, it appears that they implicitly distinguished between (1) the right to fish for food, social and ceremonial purposes (which was recognized for the Musqueam Band), (2) the right to fish for livelihood, support and sustenance purposes, and (3) the right to fish for purely commercial purposes (see *Sparrow*, at pp. 1100-1101). The differentiation between the last two classes of purposes, which is of key interest here, was discussed and elaborated upon by Wilson J. in *Horseman*, *supra*.

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a remis à une autre occasion l'examen des aspects commerciaux du droit de pêche, puisque cette (à la p. 1101) «affaire n'a[vait] pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance» (je souligne). En conséquence, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont limité leurs motifs au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cependant, ce faisant, ils semblent avoir implicitement établi une distinction entre (1) le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (qui a été reconnu à la bande des Musqueams), (2) le droit de pêcher à des fins de subsistance, et (3) le droit de pêcher à des fins purement commerciales (voir *Sparrow*, aux pp. 1100 et 1101). La distinction entre ces deux dernières catégories, qui revêt une importance capitale en l'espèce, a été examinée et précisée par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Horseman*, précité.

184 In *Horseman*, this Court examined the scope of the Horse Lakes Indian Band's right to hunt under *Treaty No. 8*, 1899, as amended by the *Natural Resources Transfer Agreement*, 1930 (Alberta) ("NRTA"). In that case, the appellant, Bert Horseman, was charged with the offence of unlawfully "trafficking" in wildlife, contrary to s. 42 of the *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, c. W-9, which was defined as "any single act of selling, offering for sale, buying, bartering, soliciting or trading". The appellant had killed a grizzly bear in self-defence, while legally hunting moose for food, and he sold the bear hide because he was in need of money to support his family. Horseman argued that the *Wildlife Act* did not apply to him because he was within his *Treaty No. 8* rights when he sold the grizzly hide.

Dans *Horseman*, notre Cour a examiné la portée du droit de chasse de la bande indienne de Horse Lakes en vertu du *Traité n° 8*, 1899, modifié par la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* de 1930 (Alberta) (la «*Convention*»). Dans cette affaire, l'appelant, Bert Horseman, avait été accusé d'avoir illégalement [TRADUCTION] «fait le trafic» d'un animal sauvage en contravention de l'art. 42 de la *Wildlife Act*, R.S.A. 1980, ch. W-9, infraction définie comme étant [TRADUCTION] «le fait de vendre, d'acheter, de troquer, de solliciter ou d'échanger». L'appelant a, dans un acte de légitime défense, tué un grizzly pendant qu'il chassait légalement l'orignal pour se nourrir. Il a par la suite vendu la peau du grizzly, car il avait besoin d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. Horseman a plaidé que la *Wildlife Act* ne s'appliquait pas à lui parce qu'il avait exercé des droits que lui conférait le *Traité n° 8* quand il a vendu la peau de l'ours.

185 Cory J. (Lamer, La Forest and Gonthier JJ. concurring), for the majority, held that the *Treaty*

Le juge Cory (avec l'appui des juges Lamer, La Forest et Gonthier), s'exprimant au nom de la

No. 8 right to hunt generally has been circumscribed by the *NRTA* to the right to hunt for "food" only. He made it clear, however, that before the *NRTA* (1930), the Horse Lakes people had the right to hunt for commercial purposes under *Treaty No. 8* (at pp. 928-29):

The economy of the Indian population at the time of the Treaty had clearly evolved to such a degree that hunting and fishing for commercial purposes was an integral part of their way of life.

I am in complete agreement with the finding of the trial judge that the original Treaty right clearly included hunting for purposes of commerce. The next question that must be resolved is whether or not that right was in any way limited or affected by the Transfer Agreement of 1930. [Emphasis added.]

This passage recognizes that the practices, traditions and customs of the Horse Lakes people were not frozen at the time of British sovereignty and that when *Treaty No. 8* was concluded in 1899, their activities had evolved so that commercial hunting and fishing formed an "integral part" of their culture and society.

Furthermore, Cory J. upheld the findings of the courts below that the sale of the grizzly hide constituted a commercial hunting activity which, as a consequence, fell outside the ambit of the treaty rights to hunt. He wrote at p. 936:

It has been seen that the Treaty No. 8 hunting rights have been limited by the provisions of the 1930 Transfer Agreement to the right to hunt for food, that is to say, for sustenance for the individual Indian or the Indian's family. In the case at bar the sale of the bear hide was part of a "multi-stage process" whereby the product was sold to obtain funds for purposes which might include purchasing food for nourishment. The courts below correctly found that the sale of the bear hide constituted a hunting activity that had ceased to be that of hunting "for food" but rather was an act of commerce. As a result it was no longer a right protected by Treaty No. 8, as amended by the 1930 Transfer Agreement. [Emphasis added.]

majorité, a statué que la *Convention* avait limité le droit général de chasse énoncé au *Traité n° 8* au droit de chasser pour «se nourrir» seulement. Cependant, il a clairement indiqué que, avant la *Convention* (1930), les Indiens de Horse Lakes avaient le droit de chasser à des fins commerciales en vertu du *Traité n° 8* (aux pp. 928 et 929):

De toute évidence, au moment de la signature du traité, l'économie de la population indienne avait évolué au point où la chasse et la pêche à des fins commerciales faisaient partie intégrante du mode de vie des Indiens.

Je souscris entièrement à la conclusion du juge de première instance que le droit initial conféré par le traité comprenait manifestement la chasse à des fins du commerce. La prochaine question à laquelle il faut répondre est de savoir si ce droit a été de quelque manière limité ou modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Ce passage reconnaît le fait que les coutumes, pratiques et traditions des Indiens de Horse Lakes n'ont pas été figées au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, et que leurs activités avaient, lors de la signature du *Traité n° 8* en 1899, évolué au point où la chasse et la pêche commerciales faisaient «partie intégrante» de leur culture et de leur société.

En outre, le juge Cory a confirmé les conclusions des tribunaux inférieurs que la vente de la peau du grizzli constituait une activité de chasse commerciale qui, en conséquence, n'était pas visée par les droits de chasse conférés par le Traité. Il a écrit ceci, à la p. 936:

Nous avons constaté que la Convention de transfert de 1930 a limité les droits de chasse conférés par le Traité n° 8 au droit de chasser pour se nourrir, c'est-à-dire pour la subsistance de l'Indien ou de sa famille. En l'espèce, la vente de la peau de l'ours s'inscrivait dans un «processus à plusieurs étapes», la vente ayant pour but l'obtention d'argent pour des fins pouvant comprendre l'achat de denrées alimentaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, à juste titre, que la vente de la peau de l'ours constituait un acte relié à la chasse qui n'était plus de la chasse «pour se nourrir», mais plutôt un acte de commerce. Il ne s'agissait plus en conséquence d'un droit protégé par le Traité n° 8, modifié par la Convention de transfert de 1930. [Je souligne.]

Cory J. concluded that the *Wildlife Act* applied and found the appellant guilty of unlawfully trafficking in wildlife.

Le juge Cory a conclu que la *Wildlife Act* s'appliquait et il a déclaré l'appelant coupable d'avoir illégalement fait le trafic d'un animal sauvage.

187

Wilson J. (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé J. concurring), dissenting, was of the view that, from an aboriginal perspective, a simple dichotomy between hunting for domestic use and hunting for commercial purposes should not be determinative of the treaty rights. Rather, *Treaty No. 8* and the *NRTA* should be interpreted so as to preserve the Crown's commitment to respecting the lifestyle of the Horse Lakes people and the way in which they had traditionally pursued their livelihood.

Le juge Wilson (avec l'appui du juge en chef Dickson et de moi-même), dissidente, était d'avis que, du point de vue des autochtones, la simple dichotomie entre la chasse pratiquée pour subvenir à des besoins domestiques et celle pratiquée à des fins commerciales ne devrait pas être déterminante en ce qui concerne les droits issus de traités. Le *Traité n° 8* et la *Convention* devaient plutôt être interprétés de façon à préserver l'engagement solennel que Sa Majesté avait pris de respecter le mode de vie des Indiens de Horse Lakes et la façon dont ceux-ci avaient traditionnellement gagné leur vie.

188

Contrary to Cory J., Wilson J. held that the words "for food" in the *NRTA* did not have the effect of placing substantial limits on the range of hunting activities permitted under *Treaty No. 8*. After reviewing the decisions of this Court in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, and *Moosehunter*, *supra*, Wilson J. found that the treaty right to hunt "for food" amounted to a right to hunt for support and sustenance. She explained her view as follows, at p. 919:

Contrairement au juge Cory, le juge Wilson a statué que l'expression «pour se nourrir» dans la *Convention* n'avait pas eu pour effet d'imposer des limites importantes à l'étendue des pratiques de chasse autorisées par le *Traité n° 8*. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, et *Moosehunter*, précité, le juge Wilson a conclu que le droit de chasser «pour se nourrir» prévu au *Traité* équivalait à un droit de chasse à des fins de subsistance. Elle a expliqué ainsi son point de vue, à la p. 919:

And if we are to give para. 12 [of the *NRTA*] the "broad and liberal" construction called for in *Sutherland*, a construction that reflects the principle enunciated in *Nowegijick* and *Simon* that statutes relating to Indians must be given a "fair, large and liberal construction", then we should be prepared to accept that the range of activity encompassed by the term "for food" extends to hunting for "support and subsistence", i.e. hunting not only for direct consumption but also hunting in order to exchange the product of the hunt for other items as was their wont, as opposed to purely commercial or sport hunting.

Et si nous voulons donner à l'art. 12 [de la *Convention*] l'interprétation «large et libérale» qu'exige l'arrêt *Sutherland*, une interprétation qui reflète le principe énoncé dans les arrêts *Nowegijick* et *Simon* que les lois relatives aux Indiens doivent être «interprétées de façon juste, large et libérale», nous devrions alors être prêts à accepter que l'étendue des activités visées par l'expression «pour se nourrir» s'étend à la chasse à des fins de «support et [de] subsistance», c'est-à-dire à la chasse non seulement en vue de la consommation directe mais également à la chasse en vue d'échanger le produit de la chasse pour d'autres articles comme c'était leur habitude, par opposition à la chasse purement commerciale ou sportive.

And, indeed, when one thinks of it this makes excellent sense. The whole emphasis of *Treaty No. 8* was on the preservation of the Indian's traditional way of life. But this surely did not mean that the Indians were to be forever consigned to a diet of meat and fish and were to have no opportunity to share in the advances of modern

Et d'ailleurs, quand on y pense, cela est tout à fait logique. Le *Traité n° 8* était axé principalement sur la préservation du mode de vie traditionnel des Indiens. Mais cela ne voulait certainement pas dire que les Indiens devraient à tout jamais s'astreindre à un régime de viande et de poisson et qu'ils ne pourraient pas béné-

civilization over the next one hundred years. Of course, the Indians' hunting and fishing rights were to be preserved and protected; the Indians could not have survived otherwise. But this cannot mean that in 1990 they are to be precluded from selling their meat and fish to buy other items necessary for their sustenance and the sustenance of their children. Provided the purpose of their hunting is either to consume the meat or to exchange or sell it in order to support themselves and their families, I fail to see why this is precluded by any common sense interpretation of the words "for food". It will, of course, be a question of fact in each case whether a sale is made for purposes of sustenance or for purely commercial profit. [Emphasis added.]

Wilson J. concluded that the *Wildlife Act* could not forbid the activities which fall within the aboriginal traditional way of life and that are linked to the Horse Lakes people's support and sustenance. Consequently, she would have acquitted the appellant because he sold the grizzly hide to buy food for his family, not for commercial profit.

As far as this case is concerned, there are two points which stand out from the foregoing review of the reasons in *Horseman*, *supra*. First, the Horse Lakes people's original practices, traditions and customs regarding hunting were held to have evolved to include, at the time *Treaty No. 8* was concluded, the right to make some commercial use of the game. Second, and more importantly, when determining whether a treaty right exists (which no doubt extends to aboriginal rights), there should be a distinction drawn between, on the one side, activities relating to the support and sustenance of the natives and, on the other, ventures undertaken purely for commercial profit. Such a differentiation is far from being artificial, as McLachlin J. seems to suggest, and, in fact, this distinction ought to be used in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as in other contexts; in short, there are sales which do not qualify as commercial sales (see, for example, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1).

ficier eux aussi des progrès de la civilisation moderne au cours du siècle suivant. Les droits de chasse et de pêche des Indiens devaient évidemment être conservés et protégés; les Indiens n'auraient pu survivre autrement. Mais cela ne signifie pas qu'en 1990 ils ne peuvent vendre leur viande et leur poisson pour acheter d'autres articles nécessaires à leur subsistance et à celle de leurs enfants. Pourvu qu'ils chassent en vue de consommer la viande, de l'échanger ou de la vendre pour se nourrir et nourrir leur famille, je ne vois pas comment une interprétation conforme au bon sens de l'expression «pour se nourrir» peut interdire cela. Il va sans dire que la question de savoir si une vente est faite à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales est une question de fait à trancher dans chaque cas. [Je souligne.]

Le juge Wilson a statué que la *Wildlife Act* ne pouvait interdire les activités faisant partie du mode de vie autochtone traditionnel et qui sont liées à la subsistance des Indiens de Horse Lakes. En conséquence, elle aurait acquitté l'appelant, étant donné qu'il avait vendu la peau du grizzli non pas à des fins commerciales, mais pour acheter de la nourriture pour sa famille.

En ce qui concerne le présent pourvoi, deux points ressortent de l'analyse qui précède des motifs prononcés dans *Horseman*, précité. Premièrement, il a été jugé que les coutumes, pratiques et traditions originales des Indiens de Horse Lakes en matière de chasse avaient évolué et incluaient, au moment de la conclusion du *Traité n° 8*, le droit de faire une certaine utilisation commerciale du gibier. Deuxièmement, point encore plus important, pour déterminer si un droit issu de traité existe (principe qui s'applique sans aucun doute aussi aux droits ancestraux), il faut établir une distinction entre, d'une part, les activités de subsistance des autochtones, et, d'autre part, celles exercées à des fins purement commerciales. Une telle distinction est loin d'être artificielle, comme semble le suggérer le juge McLachlin, et, de fait, elle devrait être utilisée dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* tout comme dans d'autres contextes. Bref, il y a des ventes qui n'ont pas un caractère commercial (voir, par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1).

190

This differentiation was adopted by the Ontario Court (Prov. Div.) in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In that case, the defendants, members of the Chippewas of Nawash, were charged with the offence of taking more lake trout than permitted by the band's commercial fishing licence, contrary to the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, authorized by the *Fisheries Act*. The defendants argued that the quota imposed by the Band's licence interfered with their protected aboriginal right or treaty right to engage in commercial fishing. After referring to both the reasons of Cory J. and of Wilson J. in *Horseman, supra*, Fairgrieve Prov. Ct. J. reached the following conclusions at pp. 440-41:

Consideration of the historical, anthropological and archival evidence leaves an existing aboriginal right to fish for commercial purposes that essentially coincides with the treaty right already stated: the Saugeen have a collective ancestral right to fish for sustenance purposes in their traditional fishing grounds. Apart from the waters adjacent to the two reserves and their unsundered islands, the aboriginal commercial fishing right is not exclusive, but does allow them to fish throughout their traditional fishing grounds on both sides of the peninsula. To use Ms. Blair's language [for the Defendants], the nature of the aboriginal right exercised is one directed "to a subsistence use of the resource as opposed to a commercially profitable enterprise". It is the band's continuing communal right to continue deriving "sustenance" from the fishery resource which has always been an essential part of the community's economic base. [Emphasis added.]

See also, *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794 (Ont. Ct. Prov. Div.), at para. 51, and *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (B.C. Prov. Ct.), at p. 145, as well as the commentators Binnie, "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?", *supra*, at pp. 234-35, and Bowker, "Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal", *supra*, at p. 8.

191

In sum, as *Sparrow, supra*, suggests, when assessing whether aboriginal practices, traditions and customs have been sufficiently significant and

Cette distinction a été adoptée par la Cour de l'Ontario (Div. prov.) dans l'affaire *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. Dans cette affaire, les défendeurs, membres des Chippewas de Nawash, avaient été accusés de l'infraction d'avoir pêché un nombre de truites supérieur à celui autorisé par le permis de pêche commerciale de la bande, en contravention du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*. Les défendeurs ont prétendu que le contingent imposé par le permis de la bande portait atteinte au droit ancestral ou issu de traité qui leur était garanti en matière de pêche commerciale. Après s'être référé aux motifs du juge Cory et à ceux du juge Wilson dans *Horseman*, précité, le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a formulé les conclusions suivantes, aux pp. 440 et 441:

[TRADUCTION] L'examen de la preuve historique, anthropologique et archivistique révèle l'existence d'un droit ancestral existant de pêcher à des fins commerciales qui coïncide essentiellement avec le droit issu de traité déjà mentionné: les Saugeens possèdent un droit ancestral collectif de pêche à des fins de subsistance dans leurs secteurs de pêche traditionnels. Sauf dans les eaux adjacentes aux deux réserves et à leurs îles non cédées, le droit ancestral de pêche à des fins commerciales n'a pas un caractère exclusif, mais il autorise néanmoins les Saugeens à pêcher partout dans leurs secteurs de pêche des deux côtés de la péninsule. Pour employer les termes de M<sup>me</sup> Blair [pour les défendeurs], la nature du droit ancestral exercé vise «une utilisation de la ressource à des fins de subsistance par opposition à une entreprise commercialement rentable». C'est le droit collectif continu de la bande de continuer de tirer sa «subsistance» des ressources de la pêche, qui a toujours constitué un élément essentiel de la base économique de la collectivité. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794 (C. Ont. Div. prov.), au par. 51; et *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139 (C. prov. C.-B.), à la p. 145; ainsi que les auteurs Binnie, «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?», *loc. cit.*, aux pp. 234 et 235, et Bowker, «Sparrow's Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal», *loc. cit.*, à la p. 8.

Bref, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, précité, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement perti-

fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people for a substantial continuing period of time, the purposes for which such activities are undertaken should be considered highly relevant. An aboriginal activity can form an integral part of the distinctive culture of a group of aboriginal people if it is done for certain purposes — e.g., for livelihood, support and sustenance purposes. However, the same activity could be considered not to be part of their distinctive aboriginal culture if it is done for other purposes — e.g., for purely commercial purposes. The Chief Justice fails to draw this distinction, which I believe to be highly relevant, although he agrees that the Court of Appeal mischaracterized the aboriginal right here claimed.

This contemplation of aboriginal or treaty rights based on the purpose of the activity is aimed at facilitating the delineation of the rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in their support. However, as in *Horseman, supra*, to respect aboriginal perspective on the matter, the purposes for which aboriginal activities are undertaken cannot and should not be strictly compartmentalized. Rather, in my view, such purposes should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food, at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit, at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance, at the centre.

This being said, in this case, as I have already noted elsewhere, the British Columbia Court of Appeal framed the issue as being one of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. To state the question in that fashion not only disregards the above distinction between the purposes for which fish can be sold, traded and bartered but also mischaracterizes the facts of this case, misconceives the contentions of the appellant

nentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Une activité autochtone peut faire partie intégrante de la culture distinctive d'un groupe d'autochtones si elle est exercée pour certaines fins, par exemple à des fins de subsistance. Toutefois, la même activité pourrait être considérée comme ne faisant pas partie de cette culture autochtone distinctive si elle vise d'autres fins, par exemple des fins purement commerciales. Le Juge en chef omet d'établir cette distinction, que j'estime hautement pertinente, quoiqu'il reconnaisse que la Cour d'appel a mal caractérisé le droit ancestral revendiqué en l'espèce.

Cet examen des droits ancestraux ou issus de traités, qui est fondé sur la fin visée par l'activité en cause, a pour objet de faciliter la définition des droits revendiqués, de même que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée au soutien de ces droits. Cependant, tout comme dans *Horseman*, précité, afin de respecter la perspective autochtone sur la question, les fins pour lesquelles les activités autochtones sont exercées ne peuvent pas et ne devraient pas être compartimentées de manière stricte. À mon avis, ces fins devraient plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Cela dit, en l'espèce, comme je l'ai déjà affirmé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Non seulement une telle formulation ne tient pas compte de la distinction établie précédemment entre les fins pour lesquelles le poisson peut être vendu et échangé, mais elle caractérise erronément les faits de l'espèce, interprète mal les prétentions

and overlooks the legislative provision here under constitutional challenge.

de l'appelante et fait abstraction de la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle.

194

First, the facts giving rise to this case do not support the Court of Appeal's framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, Dorothy Van der Peet, was charged with the offence of selling salmon which were legally caught by her common law spouse and his brother. The appellant sold 10 salmon. There is no evidence as to the purposes of the sale or as to what the money was going to be used for. It is clear, however, that the offending transaction proven by the Crown is not part of a commercial venture, nor does it constitute an act directed at profit. It would be different if the Crown had shown, for instance, that the appellant sold 10 salmon every day for a year or that she was selling fish to provide for commercial profit. This is not, however, the scenario presented to us and, as the facts stand on the record, it is reasonable to infer from them that the appellant sold the 10 salmon, not for profit, but for the support and sustenance of herself and her family.

Premièrement, les faits à l'origine de la présente affaire ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, Dorothy Van der Peet, a été accusée d'avoir vendu des saumons qui avaient été pêchés légalement par son conjoint de fait et le frère de celui-ci. L'appelante a vendu 10 saumons. Il n'existe pas de preuve concernant les fins de la vente ou l'utilisation qu'on entendait faire du produit de celle-ci. Cependant, il est clair que l'opération reprochée et dont le ministère public a fait la preuve, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une entreprise commerciale et ne constitue pas non plus un acte visant à réaliser un profit. Toutefois, la situation serait différente si le ministère public avait démontré, par exemple, que l'appelante avait vendu 10 saumons par jour pendant une année, ou encore qu'elle vendait du poisson à des fins commerciales. Cependant, ce n'est pas le scénario qui nous a été présenté et, suivant les faits au dossier, il est raisonnable d'inférer de ceux-ci que l'appelante a vendu les 10 saumons non pas à des fins commerciales, mais pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille.

195

Furthermore, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The submissions were only to the effect that the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. In fact, before this Court, the appellant relied on the dissenting opinion of Lambert J.A., at the Court of Appeal, who stated (at para. 150) that the Sto:lo had the right to "catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood" (italics omitted, underlining added). It is well settled that in framing the issue in a case courts cannot overlook the contentions of the parties; in the

Qui plus est, l'appelante n'a pas plaidé devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Elle a seulement prétendu que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De fait, devant notre Cour, l'appelante s'est fondée sur l'opinion dissidente du juge Lambert de la Cour d'appel qui a affirmé (au par. 150) que les Sto:lo avaient le droit [TRADUCTION] «de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable» (j'ai omis les italiques et je souligne). Il est bien établi que, dans la formulation de la question en litige, les tribunaux ne peuvent faire abstraction des prétentions

1996 CanLII 216 (SCC)

case at bar, the appellant did not seek the recognition and affirmation of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

Finally, the legislative provision under constitutional challenge is not only aimed at commercial fishing, but also forbids both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. For convenience, here is again s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence. [Emphasis added.]

The scope of s. 27(5) encompasses any sale, trade or barter of fish caught under an Indian food fish licence. If the prohibition were directed at the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, the question of the validity of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise on the facts of this case since an aboriginal right to fish commercially is not claimed here. Section 27(5) prohibits the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance, and we must determine whether, as it stands, this provision complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. In other words, the above distinction based on the purposes of aboriginal activities does not impose an additional burden on the claimant of an aboriginal right. It may be that, for a particular group of aboriginal people, the practices, traditions and customs relating to some commercial activities meet the test for the recognition of an aboriginal right, i.e., to be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time. This will have to be

des parties. En l'espèce, l'appelante n'a pas demandé que soit reconnu et confirmé un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas seulement la pêche commerciale, mais elle interdit de vendre et d'échanger du poisson tant à des fins commerciales que non commerciales. Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*:

27. . . .

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

Le paragraphe 27(5) vise la vente et l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Si l'interdiction visait la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, la question de la validité du Règlement soulèverait une question différente, qui ne se présente pas compte tenu des faits de la présente affaire, étant donné qu'aucun droit ancestral de pêcher à des fins commerciales n'est revendiqué en l'espèce. Le paragraphe 27(5) interdit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et il nous faut déterminer si cette disposition, de la façon dont elle est libellée, est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cela dit, il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). En d'autres termes, la distinction faite précédemment et fondée sur les fins visées par les activités autochtones n'impose pas un fardeau additionnel au demandeur qui revendique un droit ancestral. Il est possible que, pour un groupe particulier d'autochtones, les coutumes, pratiques et traditions se rapportant à certaines activités commerciales respectent le critère applicable en vue de la reconnaissance d'un droit ancestral, c'est-à-dire avoir été suffisamment importantes et fondamentales pour

determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right. In fact, the consideration of aboriginal activities based on their purposes is simply aimed at facilitating the delineation of the aboriginal rights claimed as well as the identification and evaluation of the evidence presented in support of the rights.

leur organisation sociale et leur culture pendant une période considérable et ininterrompue. Cette question doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué. De fait, l'examen des activités autochtones en fonction des fins visées par celles-ci a tout simplement pour but de faciliter la définition des droits ancestraux revendiqués, ainsi que la détermination et l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de ces droits.

In the instant case, this Court is only required to decide whether the Sto:lo's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, and not whether it includes the right to make commercial use of the fish. In that respect, it is necessary to review the evidence to determine whether such activities have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time so as to give rise to an aboriginal right. That is what I now propose to do.

En l'espèce, notre Cour est uniquement appelée à décider si le droit de pêche des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et non pas si ce droit inclut celui de faire une utilisation commerciale du poisson. À cet égard, il est nécessaire d'examiner la preuve afin de déterminer si ces activités ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue, de façon à donner naissance à un droit ancestral. C'est maintenant ce que je me propose de faire.

#### V. The Case

#### V. Le présent pourvoi

The question here is whether the particular group of aboriginal people, the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, has engaged in the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, entitling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right to that extent.

En l'espèce, la question est de savoir si le groupe particulier d'autochtones, la bande Sto:lo, dont fait partie l'appelante, a vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance, et ce d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue, de sorte que ce groupe bénéficierait à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

At trial, after having examined the historical evidence presented by the parties, Scarlett Prov. Ct. J. arrived at the following conclusions (at p. 160):

Au procès, après avoir examiné la preuve de nature historique présentée par les parties, le juge Scarlett de la Cour provinciale est arrivé aux conclusions suivantes (à la p. 160):

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This court accepts the evidence of Dr. Strydom and John

[TRADUCTION] La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé, d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de

Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic. This court concludes on the evidence, therefore, that the Sto:lo aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. [Emphasis added.]

I agree with the Chief Justice that it is well established, both in criminal and civil contexts, that an appellate court will not disturb the findings of fact made by a trial judge in the absence of "some palpable and overriding error which affected his [or her] assessment of the facts" (emphasis added): see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, and *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

At the British Columbia Supreme Court, Selbie J. was of the view that the trial judge committed such an error and, as a consequence, substituted his own findings of fact (at paras. 15 and 16):

preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit. Par conséquent, la Cour conclut, à la lumière de la preuve, que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris [Je souligne.]

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il est bien établi, tant en matière criminelle que civile, qu'une cour d'appel ne modifie pas les conclusions de fait du juge du procès en l'absence d'une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits» (je souligne): voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le juge du procès avait commis une telle erreur et il a en conséquence substitué ses propres conclusions de fait (aux par. 15 et 16):

With respect, in my view the learned judge erred in using contemporary tests for “marketing” to determine whether the aboriginal acted in ways which were consistent with trade albeit in a rudimentary way as dictated by the times.

In my view, the evidence in this case, oral, historical and opinion, looked at in the light of the principles of interpreting aboriginal rights referred to earlier, is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise and must be found so. We are, after all, basically considering the existence in antiquity of an aboriginal’s right to dispose of his fish other than by eating it himself or using it for ceremonial purposes — the words “sell”, “barter”, “exchange”, “share”, are but variations on the theme of “disposing”. It defies common sense to think that if the aboriginal did not want the fish for himself, there would be some stricture against him disposing of it by some other means to his advantage. We are speaking of an aboriginal “right” existing in antiquity which should not be restrictively interpreted by today’s standards. I am satisfied that when the first Indian caught the first salmon he had the “right” to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time. As time went on and for an infinite variety of reasons, that “right” to catch the fish and do anything he wanted with it became hedged in by rules arising from religion, custom, necessity and social change. One such restriction requiring an adjustment to his rights was the need dictated by custom or religion to share the first catch — to do otherwise would court punishment by his god and by the people. One of the social changes that occurred was the coming of the white man, a circumstance, as any other, to which he must adjust. With the white man came new customs, new ways and new incentives to colour and change his old life, including his trading and bartering ways. The old customs, rightly or wrongly, for good or for bad, changed and he must needs change with them — and he did. A money economy eventually developed and he adjusted to that also — he traded his fish for money. This was a long way from his ancient sharing, bartering and trading practices but it was the logical progression of such. It has been held that the aboriginal right to hunt is not frozen in time so that only the bow and arrow can be used in exercising it — the right evolves with the times: see *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 . . . . So, in my view, with the right to fish and dispose of them, which I find on the evidence includes the right to trade and barter them. The Indian right to trade his fish is not frozen in time to doing so only by the medium of the potlatch and

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d’avis que le juge du procès a commis une erreur en utilisant des critères contemporains de «commercialisation» pour déterminer si l’autochtone avait agi d’une façon compatible avec les usages du commerce, quoique de la manière rudimentaire dictée par l’époque.

À mon avis, lorsqu’on examine la preuve en l’espèce — orale, historique et d’opinion — à la lumière des principes d’interprétation des droits ancestraux qui ont été mentionnés plus tôt, on constate qu’elle est davantage compatible avec l’existence d’un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d’échanger le produit de la pêche, que le contraire, et il faut conclure en ce sens. Après tout, fondamentalement nous examinons l’existence, dans les temps anciens, du droit d’un autochtone de disposer de son poisson autrement qu’en le consommant lui-même ou en l’utilisant à des fins rituelles — les termes «vendre», «troquer», «échanger», «partager» n’étant que des variantes de l’idée de «disposer». Il est contraire au bon sens de penser que si un autochtone ne voulait pas le poisson pour lui-même, — quelque chose l’empêchait d’en disposer d’une façon qui l’avantagerait. Nous parlons d’un «droit» autochtone qui existait dans les temps anciens et qui ne devrait pas être interprété restrictivement par rapport aux normes actuelles. Je suis convaincu que quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d’en faire ce qu’il voulait — le manger, l’échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l’eau ou le garder pour les temps plus difficiles. Au fil du temps, et pour une gamme de raisons, ce «droit» de prendre du poisson et d’en disposer à sa guise a été circonscrit par des règles fondées sur la religion, la coutume, la nécessité et les changements sociaux. L’une de ces restrictions, qui a entraîné une adaptation des droits du premier Indien, a été l’obligation dictée par la coutume ou la religion de partager la première capture — ne pas le faire l’aurait exposé au châtement de son dieu ou du peuple. L’un des changements sociaux a été l’arrivée des Blancs, circonstance à laquelle, comme toutes les autres, l’Indien a dû s’adapter. Les Blancs sont arrivés avec de nouvelles coutumes, de nouvelles manières de faire et de nouveaux incitatifs à modifier son mode de vie, y compris ses méthodes de troc et d’échange. À tort ou à raison, pour le meilleur ou pour le pire, les vieilles coutumes ont changé et l’Indien a dû évoluer avec elles — ce qu’il a fait. Une économie monétaire s’est éventuellement établie et l’Indien s’y est également adapté — commençant à vendre du poisson pour de l’argent. Il s’agissait d’un changement considérable par rapport à ses anciennes pratiques de partage, d’échange et de troc, mais néanmoins d’une progression logique. Il a été sta-

the like; he is entitled, subject to extinguishment or justifiable restrictions, to evolve with the times and dispose of them by modern means, if he so chooses, such as the sale of them for money. It is thus my view that the aboriginal right of the Sto:lo peoples to fish includes the right to sell, trade or barter them after they have been caught. It is my view that the learned judge imposed a verdict inconsistent with the evidence and the weight to be given it. [Emphasis added.]

At the British Columbia Court of Appeal, Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) and Wallace J.A., for the majority, took the position that an aboriginal right would be recognized only if the manifestations of the distinctive aboriginal culture — i.e., the particular aboriginal practices, traditions or customs — were particular to native culture and not common to non-aboriginal societies. Further, the evidence would need to show that the activities in question have been engaged in for time immemorial at the time sovereignty was asserted by Britain. Macfarlane J.A. wrote (at para. 21):

To be so regarded those practices must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society from which they were said to have arisen. A modernized form of such a practice would be no less an aboriginal right. A practice which had not been integral to the organized society and its distinctive culture, but which became prevalent merely as a result of European influences, would not qualify for protection as an aboriginal right. [Emphasis added.]

The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge's findings and held that the Sto:lo's practices, traditions and customs did not justify the recognition of an aboriginal right to fish for commercial purposes.

tué que le droit de chasse ancestral n'est pas figé dans le temps — sinon, l'autochtone ne pourrait se servir que d'un arc et des flèches pour l'exercer — que le droit évolue avec le temps: voir *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 . . . En conséquence, à mon avis, le droit de prendre du poisson et d'en disposer inclut, selon la preuve, le droit de l'échanger ou de le troquer. Le droit de l'Indien d'échanger le poisson n'est pas figé dans le temps — sinon il ne pourrait en disposer que dans le cadre de potlatch et d'autres occasions du genre; de fait, sous réserve d'extinction du droit ou de restrictions justifiables de celui-ci, l'Indien peut profiter des progrès réalisés avec le temps et disposer du poisson par des méthodes modernes, s'il le désire, comme le fait de le vendre contre de l'argent. Je suis donc d'avis que le droit de pêche ancestral des Sto:lo inclut le droit de vendre et d'échanger le poisson pris. A mon avis, le juge a rendu une décision incompatible avec la preuve et l'importance qui devait lui être accordée. [Je souligne.]

S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité, le juge Macfarlane (avec l'appui du juge Taggart) et le juge Wallace ont exprimé le point de vue qu'un droit ancestral ne sera reconnu que si les manifestations de la culture autochtone distinctive — les coutumes, pratiques ou traditions autochtones particulières — étaient propres à la culture autochtone et non communes aux sociétés non autochtones. De plus, il faudrait que la preuve établisse que, au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, les activités en question étaient exercées de temps immémorial. Le juge Macfarlane a écrit ce qui suit (au par. 21):

[TRADUCTION] Pour être considérées comme telles, ces pratiques doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone qui leur aurait donné naissance. Une forme modernisée d'une telle pratique n'en constituerait pas moins un droit ancestral. Une pratique qui n'aurait pas fait partie intégrante de la société organisée et de sa culture distinctive, mais qui ne se serait répandue [que] du seul fait des influences européennes, ne pourrait pas être protégée en tant que droit ancestral. [Je souligne.]

La Cour d'appel à la majorité a souscrit aux conclusions du juge du procès et statué que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo ne justifiaient pas la reconnaissance d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales.

204

Lambert J.A., in dissent, applied what he called a “social” form of description of aboriginal rights, one which does not “freeze” native practices, traditions and customs in time. In light of the evidence, he concluded that the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo warranted the recognition of an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a “moderate livelihood”. He stated (at para. 150):

*For those reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sto:lo people in relation to the sockeye salmon run on the Fraser River is that their aboriginal customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation including recognition of the need for conservation to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood, and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]*

205

It appears from the foregoing review of the judgments that the conclusions on the findings of fact relating to whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish varied depending on the delineation of the aboriginal right claimed and on the approach used to interpreting such right. The trial judge, as well as the majority of the Court of Appeal, framed the issue as being whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish for commercial purposes and used an approach based on the manifestations of distinctive aboriginal culture which differentiates between aboriginal and non-aboriginal practices and which “freezes” aboriginal rights in a pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time. The summary appeal judge, as well as Lambert J.A. at the Court of Appeal, described the issue in terms of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and

Le juge Lambert, dissident, a appliqué ce qu'il a appelé une forme «sociale» de description des droits ancestraux n'ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Au vu de la preuve, il a conclu que la culture autochtone distinctive des Sto:lo justifiait de leur reconnaître un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson de manière à s'assurer «une subsistance convenable». Il a déclaré ceci (au para. 150):

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sto:lo relativement à la remonte de saumon rouge dans le fleuve Fraser est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à l'autoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800. [En italique dans l'original; je souligne.]*

Il ressort de l'examen que je viens de faire des jugements des tribunaux inférieurs que les conclusions tirées des constatations de fait touchant la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson ont varié en fonction de la définition du droit ancestral revendiqué et de la méthode utilisée pour interpréter ce droit. Le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont dit que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, et ils ont appliqué une méthode fondée sur les manifestations de la culture autochtone distinctive, qui distingue entre les pratiques autochtones et non autochtones et qui «fige» les droits ancestraux dans l'état où ils étaient à une époque autochtone, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique. Le juge d'ap-

barter fish for livelihood. Further, they examined the aboriginal right claimed at a certain level of abstraction, which focused on the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo and which was evolutive in nature.

As I have already noted elsewhere, the issue in the present appeal is whether the Sto:lo's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Accordingly, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in framing the issue. Furthermore, it is my view that the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. Therefore, by using a "frozen right" approach focusing on aboriginal practice to defining the nature and extent of the aboriginal right, Scarlett Prov. Ct. J. and the majority of the Court of Appeal were also in error.

Consequently, when the trial judge assessed the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He thus made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. It is also noteworthy that the first appellate judge, who asked himself the right ques-

pel des poursuites sommaires et le juge Lambert de la Cour d'appel ont pour leur part estimé que la question était de savoir si les Sto:lo possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. De plus, ils ont examiné le droit ancestral revendiqué selon un certain niveau d'abstraction, mettant l'accent sur la culture autochtone distinctive des Sto:lo et le caractère évolutif du droit.

Comme je l'ai déjà mentionné, la question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En conséquence, le juge du procès et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont commis une erreur dans la formulation de la question en litige. En outre, je suis d'avis que la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être interprétées par application de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c.-à-d. en se demandant si la coutume, pratique ou tradition autochtone en cause a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. En conséquence, en appliquant la méthode des «droits figés», qui est axée sur la pratique autochtone, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, le juge Scarlett de la Cour provinciale et les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également commis une erreur.

Par conséquent, lorsque le juge du procès a apprécié la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Il convient également de signaler que le premier juge d'appel, qui lui s'est posé les bonnes questions, a tiré des conclusions de fait dia-

tions, made diametrically opposed findings of fact on the evidence presented at trial.

métralement opposées à partir de la preuve présentée au procès.

208

The result of these palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the facts, is that an appellate court is justified in intervening — as did the summary appeal judge — in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, *supra*. I note also that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts. Since this Court is in no less advantageous or privileged position than the lower appellate courts in assessing the evidence on the record, we are free to reconsider the evidence and substitute our own findings of fact (see *Schwartz v. Canada*, *supra*, at paras. 36-37). I find myself, however, in general agreement with the findings of fact of Selbie J., the summary appeal judge, and of Lambert J.A. Nonetheless, I will revisit the evidence to determine whether it reveals that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier — comme l'a fait le juge d'appel des poursuites sommaires — les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance: voir l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité. Je tiens aussi à faire remarquer que notre Cour, en tant que juridiction subséquente d'appel dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les tribunaux d'appel inférieurs. Comme notre Cour n'est pas dans une situation moins avantageuse ou moins privilégiée que les tribunaux d'appel inférieurs pour apprécier la preuve à partir du dossier, nous sommes libres de réexaminer la preuve et de substituer nos propres conclusions de fait (voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, précité, aux par. 36 et 37) à celles déjà tirées. Cependant, je suis d'accord de façon générale avec les conclusions de fait du juge Selbie, juge d'appel des poursuites sommaires, et celles du juge Lambert de la Cour d'appel. Néanmoins, je vais réexaminer la preuve afin de déterminer si elle révèle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue.

209

The Sto:lo, who are part of the Coast Salish Nation, have lived in their villages along the Fraser River from Langley to above Yale. They were an organized society, whose main socio-political unit was the extended family. The Fraser River was their main source of food the year around and, as such, the Sto:lo considered it to be sacred. It is interesting to note that their name, the "Sto:lo", means "people of the river": see Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, at p. 11.

Les Sto:lo, qui font partie de la nation des Salish de la côte, ont vécu dans leurs villages le long du fleuve Fraser, de Langley jusque passé Yale. Ils formaient une société organisée, dont la principale unité socio-politique était la famille élargie. Le fleuve Fraser était leur principale source de nourriture à longueur d'année et, pour cette raison, les Sto:lo considéraient ce cours d'eau comme sacré. Il est intéressant de noter que leur nom, les «Sto:lo», signifie «les gens du fleuve»: voir Wilson Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*, 1952, à la p. 11.

210

Archaeological evidence demonstrates that the Sto:lo have relied on the fishery for centuries.

La preuve archéologique démontre que les Sto:lo vivent de la pêche depuis des siècles. Située

1996 CanLII 216 (SCC)

Located near the mouth of the Fraser River, the Sto:lo fishery consists of five species of salmon — sockeye, chinook, coho, chum and pink — as well as sturgeon, eulachons and trout. The Sto:lo used many methods and devices to fish salmon, such as dip-nets, harpoons, weirs, traps and hooks. Both the wind and the heat retention capacity of the geography of the Fraser Canyon result in an excellent area for wind drying fish. Therefore, although fresh fish were procurable year around, they dried or smoked large amounts at the end of the summer to use for the hard times of winter.

The Sto:lo community is geographically located between two biogeoclimatic zones: the interior plateau region and the coastal maritime area. As such, they have long enjoyed the exchange of regional goods with the people living in these zones. See, in that respect, the report of Dr. Richard Daly, an expert in social and cultural anthropology called by the appellant and who gave expert opinion evidence on the social structure and culture of the Sto:lo, and also Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *supra*, at p. 95.

The oral histories, corroborated by expert evidence, show a long tradition of trading relationships among the Sto:lo and with their neighbours, both before the arrival of Europeans and to the present day. Dr. Arnoud Henry Stryd, an expert in archaeology with a strong background in anthropology called by the respondent to give expert opinion evidence and to speak to the archaeological record, testified that exchanging goods has been a feature of the human condition from the earliest times:

Q. Yes. You say there's evidence for trade in non-perishable items throughout much of the archaeological record for British Columbia.

près de l'embouchure du fleuve Fraser, la pêche compte cinq espèces de saumon — le saumon rouge, le saumon quinnat, le saumon coho, le saumon keta et le saumon rose — ainsi que de l'esturgeon, de l'eulakane et de la truite. Les Sto:lo utilisaient de nombreuses méthodes et de nombreux engins pour pêcher le saumon: épuisette, harpon, bordigue, trappe en filet et gaffe. Tant le vent dans le canyon du Fraser que la capacité calorifique de la géographie de ce lieu font de celui-ci un excellent endroit pour le séchage au vent du poisson. En conséquence, même s'ils pouvaient se procurer du poisson frais tout au long de l'année, les Sto:lo en séchaient ou en boucanaient de grandes quantités à la fin de l'été en vue des périodes difficiles de l'hiver.

Comme, sur le plan géographique, la collectivité sto:lo est située entre deux zones biogéoclimatiques — la région du plateau intérieur et la région côtière maritime —, ses membres ont depuis longtemps l'occasion d'échanger des produits régionaux avec les habitants de ces zones. À cet égard, voir le rapport de M. Richard Daly, expert en anthropologie sociale et culturelle, qui a été assigné par l'appelante et a témoigné en cette qualité sur l'organisation sociale et la culture des Sto:lo, et aussi Duff, *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia*, *op. cit.*, à la p. 95.

Les récits oraux, corroborés par les témoignages d'expert, démontrent l'existence d'une longue tradition de rapports commerciaux entre les Sto:lo et leurs voisins, tant avant l'arrivée des Européens que de nos jours. Monsieur Arnoud Henry Stryd, spécialiste de l'archéologie possédant un solide bagage en anthropologie, qui a été assigné par l'intimée pour témoigner à titre d'expert et parler des documents archéologiques, a affirmé que l'échange de biens est une caractéristique de l'humanité depuis les temps les plus anciens:

[TRADUCTION]

Q. Oui. Vous dites qu'on trouve dans la majeure partie des documents archéologiques concernant la Colombie-Britannique des preuves de l'existence d'un commerce d'articles non périssables.

A. Well, that's right. In my point of view, the tendency to trade is one that's very human and if you have things that you have that you don't need and your neighbours have something that you would like that they are willing to, that they don't need, that it seems very obvious that some kind of exchange of goods would take place and the earliest part of the human condition to exchange items. [Emphasis added.]

Likewise, John Trevor Dewhirst, an anthropologist and ethno-historian called by the respondent, gave expert opinion evidence on the aboriginal trade of salmon of the Sto:lo. Although he insisted that there was no "organized regularized large scale exchange of salmon" in pre-contact or pre-sovereignty aboriginal time, he testified to the effect that the Sto:lo did exchange, trade and barter salmon among themselves and with other native people, and that such activities were rooted in their culture:

Q. We had reached the stage, sir, as I understand it where — we're now at the point with your evidence, sir, that the exchange of salmon amongst the Indians — you've mentioned that, sir, there was some exchange of salmon amongst the Indians?

A. Oh, yes, very definitely.

Q. Yes. Could you expand on that, please?

A. Yes. I think it's very clear from the — both from the historical record and — and from the anthropological evidence, the ethnographic evidence collected by various workers, Wilson Duff, Marion Smith, Dr. Daly and others whom we've mentioned — and Suttles — exchange of salmon for other foodstuffs and perhaps non-food items definitely took place amongst the Sto:Lo and was a definite feature of their society and culture.

What I'd like to do is go over some of that material evidence regarding the exchange of salmon and examine that in terms of — of trade and the — try — try to deter-

R. Oui, c'est exact. À mon avis, la tendance à commercer est quelque chose de très humain; si vous avez quelque chose dont vous n'avez pas besoin et que vos voisins ont quelque chose que vous aimeriez avoir et dont ils n'ont pas besoin, il semble très évident qu'il se produira un certain type d'échange de biens; l'échange de biens remonte au tout début de l'humanité. [Je souligne.]

De même, M. John Trevor Dewhirst, anthropologue et ethno-historien assigné par l'intimée, a témoigné à titre d'expert relativement au commerce du saumon par les ancêtres des Sto:lo. Même s'il a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «d'activités systématisées et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle» au temps des aborigènes, avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, il a témoigné que les Sto:lo échangeaient et troquaient effectivement du saumon, entre eux et avec d'autres peuples autochtones, et que ces activités étaient enracinées dans leur culture:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, nous en étions au point, si j'ai bien compris, où — nous en sommes au point dans votre témoignage, Monsieur, où il est question d'échange de saumon entre les Indiens — vous avez mentionné, Monsieur, qu'il y avait échange de saumon entre les Indiens?

R. Oui. Très certainement.

Q. Oui. Pourriez-vous préciser s'il vous plaît?

R. Oui. J'estime qu'il ressort très clairement — tant des archives historiques que — de la preuve anthropologique, de la preuve ethnographique recueillies par diverses personnes, Wilson Duff, Marion Smith, M. Daly et d'autres personnes que nous avons mentionnées — et Suttles — que l'échange de saumon contre d'autres denrées alimentaires et peut-être d'autres produits non alimentaires se pratiquait sûrement chez les Sto:lo et constituait nettement une caractéristique de leur société et culture.

J'aimerais passer en revue certains de ces éléments de preuve matérielle concernant l'échange de saumon et les examiner sous l'angle — du commerce et — essayer —

mine — try to develop a context for in fact what was happening at least in some of these instances.

essayer de déterminer — essayer d'établir le contexte de ce qui se passait dans les faits, à tout le moins dans certains de ces cas.

A. That — I believe that the record does not indicate the presence of an organized regularized large scale exchange of salmon amongst the Sto:Lo or between the Sto:Lo and other Native peoples and by this large scale exchange I — I think — rather, by the exchange of salmon I think it's important to look at this context and see if in fact there is a kind of a market situation. I mean, most cultures, most societies do exchange items between relatives and friends and so on. I think that this is debatable whether you can call this trade in — in the sense of a — of a kind of a marketplace and I'd like to turn now to some of the — some of the evidence that's been presented. [Emphasis added.]

R. Je crois que le dossier ne révèle pas l'existence d'activités systématiques et organisées d'échange de saumon sur une grande échelle, entre les Sto:lo eux-mêmes ou entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones; par échange sur une grande échelle, je — je pense — plutôt, par échange de saumon, je pense qu'il est important d'examiner ce contexte et de déterminer s'il existe en fait une sorte de situation de marché. Je veux dire que, dans la plupart des cultures, dans la plupart des sociétés, il y a échange de biens entre parents, amis et ainsi de suite. Je pense que l'on peut se demander s'il est possible dans ce cas de parler de commerce — dans le sens d'une — sorte de marché, et j'aimerais maintenant examiner certains des — certains éléments de preuve présentés. [Je souligne.]

It seems well founded to conclude, as the expert witnesses for the respondent did, that no formalized market system of trade of salmon existed in the original Sto:lo society because, as a matter of fact, organized large scale trade in salmon appears to run contrary to the Sto:lo's aboriginal culture. They viewed salmon as more than just food; they treated salmon with a degree of respect since the Sto:lo community was highly reliant and dependant on the fish resources. On the one hand, the Sto:lo pursued salmon very aggressively in order to get them for livelihood, support and sustenance purposes. On the other, however, they were sufficiently mindful not to exploit the abundance of the river and they taught their children a thoughtful attitude towards salmon and also how to conserve them.

Il semble bien fondé de conclure, comme l'ont fait les témoins experts de l'intimée, qu'il n'existait pas de système de marché organisé pour le commerce du saumon au sein de la société sto:lo originale, étant donné que le commerce organisé du saumon sur une grande échelle paraît, en fait, aller à l'encontre de la culture autochtone des Sto:lo. Pour eux, le saumon était plus qu'une denrée alimentaire, ils le traitaient avec un certain respect puisque leur collectivité dépendait beaucoup des ressources de la pêche. D'une part, les Sto:lo pêchaient le saumon très activement à des fins de subsistance. D'autre part, toutefois, ils étaient suffisamment soucieux de ne pas abuser des richesses du fleuve, et ils enseignaient à leurs enfants une attitude de parcimonie à l'égard du saumon ainsi que les moyens de conserver cette ressource.

As the social and cultural anthropologist Dr. Richard Daly explained at trial, the exchange of salmon among the Sto:lo and with their neighbours was informed by the ethic of feeding people, catching and trading only what was necessary for their needs and the needs of face-to-face relationships:

Comme l'a expliqué, au procès, Richard Daly, anthropologue social et culturel, l'échange de saumon pratiqué par les Sto:lo entre eux et avec leurs voisins était guidé par le principe qu'il fallait nourrir la population et ne prendre et n'échanger que le poisson nécessaire pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes avec qui ils avaient des rapports directs:

## [TRADUCTION]

Q. Is the sale of fish or other foodstuff, in your opinion, also part of the Sto:lo culture?

A. The way it is explained to me by people in the Sto:lo community, that it's all part of feeding yourself and feeding others. You're looking after your basic necessities. And today it's all done through the medium of cash. And you may not have anything to reciprocate when — when other native people from a different area come to you with say tanned hides from the Interior for making — for handicraft work. You may not have anything to give them in return at that time and you pay for it, like anyone else would. But then when you — you've put up your salmon or you're able to take them a load of fresh salmon you reciprocate and they pay you. But it's — it's considered to be a similar procedure as the bartering because it's satisfying the basic needs.

And also people tell me that they go fishing in order to get the money for the gas to drive to the fishing sites, to look after the repair of their nets and to — to make some of the necessary amounts of cash needed for their day-to-day existence. And I have observed people going out to fish with an intention of selling. They don't go to get a maximum number of fish and sell them on the market for the — the going price. They sell it at the going price but they — they won't take any more fish than they have orders for because that's — that's the wrong attitude towards the fish and fishing. So I think in a sense it — it's very consistent with the type of bartering that has preceded it and it's sort of still couched in that same idiom, as well. [Emphasis added.]

Q. À votre avis, la vente de poisson ou d'autres denrées alimentaires fait-elle également partie de la culture sto:lo?

R. Comme me l'ont expliqué des membres de la collectivité sto:lo, tout cela fait partie du fait de se nourrir et de nourrir les autres. On doit subvenir à ses besoins essentiels. Et aujourd'hui, tout se fait au moyen de l'argent. Il est possible qu'on n'ait rien à offrir en contrepartie lorsque — lorsque des autochtones d'une autre région arrivent de l'Intérieur avec des peaux tannées — qui serviront à la confection d'objets d'artisanat. Vous pourriez n'avoir rien à offrir en échange, auquel cas vous payez ces peaux comme le ferait toute autre personne. Cependant, lorsque vous offrez votre saumon ou que vous pouvez leur apporter une cargaison de saumon frais, vous faites de même et ils vous paient. Mais c'est — c'est considéré comme une procédure analogue au troc parce que ça satisfait les besoins essentiels.

Les gens me disent également qu'ils vont à la pêche pour obtenir de l'argent pour acheter de l'essence pour se rendre aux sites de pêche, pour faire réparer leurs filets et — pour gagner une partie de l'argent dont ils ont besoin pour subvenir à leurs besoins courants. Et j'ai observé que des gens vont à la pêche avec l'intention de vendre le poisson pris. Ils ne vont pas prendre le plus de poissons possible et les vendre sur le marché — au prix courant. Ils les vendent au prix courant — mais ils ne prennent pas plus que le nombre qu'on leur a commandé parce que c'est — ce n'est pas la bonne attitude à avoir à l'égard du poisson et de la pêche. À mon avis, dans un sens, ces pratiques sont très conformes au type de troc qui les ont précédées, et elles y sont assimilables en quelque sorte. [Je souligne.]

L'examen qui précède de la preuve de nature historique au dossier révèle qu'il y avait, entre les Sto:lo eux-mêmes et entre les Sto:lo et d'autres peuples autochtones, des échanges de saumon à des fins de subsistance, et, fait encore plus important, que ces activités faisaient partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo et étaient indubitablement enracinées dans celle-ci. Bref, la pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. En conséquence, pour employer la formulation du critère proposé plus tôt, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de

216 The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sto:lo and with other native people and, more importantly, that such activities formed part of, and were undoubtedly rooted in, the distinctive aboriginal culture of the Sto:lo. In short, the fishery has always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. Accordingly, to use the terminology of the test propounded above, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was suffi-

ciently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo.

The period of intensive trade of fish in a market-type economy involving the Sto:lo began after the coming of the Europeans, in approximately 1820, when the Hudson's Bay Company established a post at Fort Langley on the Fraser River. Following that, the Sto:lo participated in a thriving commercial fishery centred around the trade of salmon. According to Jamie Morton, an historian called by the appellant to give expert opinion evidence on the history of the European trade with native people, approximately 1,500 to 3,000 barrels of salmon (with 60-90 fish per barrel) were cured per year, which the Hudson's Bay Company bought and shipped to Hawaii and other international ports. (See also Lambert J.A., at para. 121.)

This trade of salmon in a market economy, however, is not relevant to determine whether the Sto:lo possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. I note, in passing, that such commercial use of the fish would seem to be intrinsically incompatible with the pre-contact or pre-sovereignty culture of the Sto:lo which commanded that the utilization of the salmon, including its sale, trade and barter, be restricted to providing livelihood, support and sustenance, and did not entail obtaining purely commercial profit.

As far as the issue here is concerned, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have always been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sto:lo. This conclusion is no doubt in line with the perspective of the Sto:lo regarding the importance of the trade of salmon in their society. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met.

subsistance étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo.

Cela dit, précisons que la période de commerce intensif du poisson dans une économie de marché à laquelle ont participé les Sto:lo a commencé après l'arrivée des Européens, vers 1820, lorsque la Compagnie de la Baie d'Hudson a établi un poste de traite à Fort Langley, le long du fleuve Fraser. Par la suite, les Sto:lo ont participé à de florissantes activités de pêche commerciale axées sur le commerce du saumon. Selon Jamie Morton, historien assigné par l'appelante pour déposer, à titre de témoin expert, sur l'histoire du commerce des Européens avec les autochtones, environ 1 500 à 3 000 barils de saumon fumé (60 à 90 poissons par baril) étaient vendus chaque année à la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui les expédiait ensuite à destination d'Hawaii et d'autres ports internationaux. (Voir aussi les motifs du juge Lambert de la Cour d'appel, au par. 121.)

Cependant, l'existence de ce commerce du saumon dans une économie de marché n'est pas un fait pertinent pour déterminer si les Sto:lo possèdent le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. En passant, je tiens à préciser qu'une telle utilisation commerciale du poisson semble intrinsèquement incompatible avec la culture des Sto:lo avant le contact avec les Européens ou l'affirmation de la souveraineté britannique, culture qui commandait que l'utilisation du saumon, y compris la vente et l'échange de ce bien, ne vise que des fins de subsistance, et non des fins purement commerciales.

En ce qui concerne la question en litige en l'espèce, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins de subsistance ont toujours été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Sto:lo. Cette conclusion est sans aucun doute compatible avec le point de vue des Sto:lo en ce qui concerne l'importance du commerce du saumon dans leur société. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est respecté.

217

1996 CanLII 216 (SCC)

218

219

220 Furthermore, there is no doubt that these activities did form part of the Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years. Here, the historical evidence shows that the Sto:lo's practices, traditions and customs relating to the trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes have existed for centuries before the arrival of Europeans. As well, it appears that such activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Accordingly, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met in this case.

221 As a consequence, I conclude that the Sto:lo Band, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. Under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* this right is protected.

## VI. Disposition

222 In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sto:lo possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The question of the extinguishment of such right, as well as the issues of *prima facie* infringement and justification, must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional question can only be answered partially:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the

Qui plus est, il n'y a pas de doute que ces activités ont fait partie de la culture autochtone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, la preuve historique révèle que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo relativement au commerce du saumon à des fins de subsistance ont existé pendant des siècles avant l'arrivée des Européens. De plus, il semble que ces activités continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. En conséquence, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

Par conséquent, je conclus que la bande des Sto:lo, dont fait partie l'appelante, possède le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Ce droit est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

## VI. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de savoir si les Sto:lo possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. La question de l'extinction de ce droit ainsi que les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il n'est possible de répondre à la question constitutionnelle qu'en partie:

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

meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of extinguishment, *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal concerns the right of the Sto:lo of British Columbia to sell fish caught in the Fraser River. The appellant, Mrs. Van der Peet, sold salmon caught under an Indian food fishing licence by her common law husband and his brother. The sale of salmon caught under an Indian food licence was prohibited. Mrs. Van der Peet was charged with selling fish contrary to the Regulations of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. At trial, she raised the defence that the regulations under which she was charged was invalid because it infringed her aboriginal right, confirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to catch and sell fish. If so, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* acts to invalidate the regulation to the extent of the conflict.

The inquiry thus focuses on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”. Section 35(1) gives constitutional protection not only to aboriginal rights codified

droits ancestraux au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu’elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l’appelante sont reconnus, et la réponse à la question visant de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l’égard de l’appelante en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées au cours d’un nouveau procès, les questions de l’extinction, de l’atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi concerne le droit des Sto:lo de la Colombie-Britannique de vendre du poisson pris dans le fleuve Fraser. L’appelante, M<sup>me</sup> Van der Peet, a vendu du saumon qui avait été pris par son conjoint de fait et le frère de celui-ci en vertu d’un permis de pêche de subsistance des Indiens. Or, il était interdit de vendre du saumon pris en vertu d’un tel permis de pêche. Madame Van der Peet a été accusée d’avoir vendu du poisson contrairement à un règlement d’application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Au procès, elle a fait valoir en défense que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elle a été accusée étaient invalides parce qu’elles portaient atteinte à son droit ancestral, confirmé par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre et de vendre du poisson. Si c’est le cas, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend ces dispositions réglementaires inopérantes.

L’examen porte donc principalement sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dit que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Le paragraphe 35(1) accorde la protection de la Constitution non seule-

through treaties at the time of its adoption in 1982, but also to aboriginal rights which had not been formally recognized at that date: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, per Dickson C.J. and La Forest J., at pp. 1105-6. The Crown has never entered into a treaty with the Sto:lo. They rely not on a codified aboriginal right, but on one which they ask the courts to recognize under s. 35(1).

ment aux droits ancestraux qui étaient codifiés dans des traités au moment de son adoption en 1982, mais également aux droits ancestraux qui n'avaient pas été officiellement reconnus à cette date: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, aux pp. 1105 et 1106. L'État n'a jamais conclu de traité avec les Sto:lo. Ceux-ci invoquent non pas un droit ancestral codifié, mais plutôt un droit ancestral qu'ils demandent aux tribunaux de reconnaître en vertu du par. 35(1).

226 Against this background, I turn to the questions posed in this appeal:

1. Do the Sto:lo possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
  - (a) Has a *prima facie* right been established?
  - (b) If so, has it been extinguished?
2. If a right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

Sur cette toile de fond, je me penche maintenant sur les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Les Sto:lo possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit ancestral de vendre du poisson?
  - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
  - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si les dispositions réglementaires portent atteinte à ce droit, sont-elles justifiées?

227 My conclusions on this appeal may be summarized as follows. The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights. These encompass the right to be sustained from the land or waters upon which an aboriginal people have traditionally relied for sustenance. Trade in the resource to the extent necessary to maintain traditional levels of sustenance is a permitted exercise of this right. The right endures until extinguished by treaty or otherwise. The right is limited to the extent of the aboriginal people's historic reliance on the resource, as well as the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource incompatible with its responsible use. Applying these principles, I conclude that the Sto:lo possess an aboriginal right to fish commercially for pur-

Mes conclusions dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. Sont compris parmi ces droits celui qu'a un peuple autochtone de tirer sa subsistance du territoire ou des eaux qu'il a traditionnellement exploités à cette fin. Ce peuple peut exercer le droit en question en échangeant la ressource dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'il en a traditionnellement tirée. Ce droit subsiste tant qu'il n'a pas été éteint par traité ou autrement. Ce droit est restreint par les limites de l'exploitation historique de la ressource faite par le peuple autochtone, ainsi que par le pouvoir de l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de la ressource

poses of basic sustenance, that this right has not been extinguished, that the regulation prohibiting the sale of any fish constitutes a *prima facie* infringement of it, and that this infringement is not justified. Accordingly, I conclude that the appellant's conviction must be set aside.

1. Do the Sto:lo Possess an Aboriginal Right to Sell Fish Protected under Section 35(1) of the Constitution Act, 1982?

A. *Is a Prima Facie Right Established?*

I turn first to the principles which govern the inquiry into the existence of an aboriginal right.

(i) General Principles of Interpretation

This Court in *Sparrow*, *supra*, discussed the dual significance of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in the context of fishing. Section 35(1) is significant, first, because it entrenches aboriginal rights as of the date of its adoption in 1982. Prior to that date, aboriginal rights to fish were subject to regulation and extinguishment by unilateral government act. After the adoption of s. 35, these rights can be limited only by treaty. But s. 35(1) is significant in a second, broader sense. It may be seen as recognition of the right of aboriginal peoples to fair recognition of aboriginal rights and settlement of aboriginal claims. Thus Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105:

... s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, represents the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of aboriginal rights. The strong representations of native associations and other groups concerned with

qui serait incompatible avec l'utilisation responsable de celle-ci. Appliquant ces principes, je conclus que les Sto:lo possèdent un droit ancestral de pêcher commercialement pour pourvoir à leurs besoins fondamentaux, que ce droit n'a pas été éteint, que la disposition réglementaire interdisant complètement la vente de poisson constitue une atteinte à première vue à ce droit et que cette atteinte n'est pas justifiée. En conséquence, je conclus que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante doit être annulée.

1. Les Sto:lo possèdent-ils un droit ancestral de vendre du poisson qui est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

A. *A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?*

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

(i) Principes généraux d'interprétation

Dans *Sparrow*, précité, notre Cour a étudié, dans le contexte de la pêche, l'importance que revêt, à deux égards, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) est important à un premier égard en ce qu'il constitutionnalise les droits ancestraux qui existaient à la date de son adoption en 1982. Avant cette date, les droits de pêche ancestraux pouvaient être réglementés et éteints par décision unilatérale de l'État. Depuis l'adoption de l'art. 35, ces droits ne peuvent être restreints que par traité. Toutefois, le par. 35(1) est également important à un autre égard, plus général celui-là. En effet, il peut être considéré comme la consécration du droit des peuples autochtones d'obtenir, en toute justice, la reconnaissance de leurs droits ancestraux et le règlement de leurs revendications. Voici d'ailleurs ce qu'ont écrit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105:

... le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et

the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible. . . . Section 35(1), at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place. It also affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power.

Quoting from Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, at p. 100, Dickson C.J. and La Forest J. continued at p. 1106:

. . . the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown.

d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) [ . . . ] Le paragraphe 35(1) procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. Il accorde également aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont poursuivi, à la p. 1106, en citant les propos suivants du professeur Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100:

[TRADUCTION] . . . le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines.

Il n'est peut-être pas faux d'affirmer, à l'instar du Juge en chef, que le par. 35(1) vise deux objets: premièrement, reconnaître le fait que, avant l'arrivée des Européens, le territoire était occupé; et, deuxièmement, concilier l'affirmation de la souveraineté sur ce territoire avec cette occupation antérieure. Toutefois, en toute déférence, je suis d'avis que cette affirmation est incomplète. Comme l'attestent les passages précités de l'arrêt *Sparrow*, le par. 35(1) reconnaît non seulement l'occupation antérieure du territoire par les autochtones, mais également l'existence d'un régime juridique antérieur ayant donné naissance à des droits ancestraux qui subsistent, à moins d'avoir été éteints. Ce paragraphe vise non seulement à concilier ces droits avec la colonisation du territoire par les Européens et l'affirmation de leur souveraineté sur celui-ci, mais également à les concilier d'une manière propre à servir d'assise à un règlement juste et durable des revendications autochtones, compatible avec la norme élevée que le droit impose à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones.

Appliquant ces préceptes, notre Cour a déclaré, aux pp. 1106 et 1107, dans *Sparrow*, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation géné-

It may not be wrong to assert, as the Chief Justice does, that the dual purposes of s. 35(1) are first to recognize the fact that the land was occupied prior to European settlement and second, to reconcile the assertion of sovereignty with this prior occupation. But it is, with respect, incomplete. As the foregoing passages from *Sparrow* attest, s. 35(1) recognizes not only prior aboriginal occupation, but also a prior legal regime giving rise to aboriginal rights which persist, absent extinguishment. And it seeks not only to reconcile these claims with European settlement and sovereignty but also to reconcile them in a way that provides the basis for a just and lasting settlement of aboriginal claims consistent with the high standard which the law imposes on the Crown in its dealings with aboriginal peoples.

Following these precepts, this Court in *Sparrow* decreed, at pp. 1106-7, that s. 35(1) be construed in a generous, purposive and liberal way. It repre-

sents "a solemn commitment that must be given meaningful content" (p. 1108). It embraces and confirms the fiduciary obligation owed by the government to aboriginal peoples (p. 1109). It does not oust the federal power to legislate with respect to aboriginals, nor does it confer absolute rights. Federal power is to be reconciled with aboriginal rights by means of the doctrine of justification. The federal government can legislate to limit the exercise of aboriginal rights, but only to the extent that the limitation is justified and only in accordance with the high standard of honourable dealing which the Constitution and the law imposed on the government in its relations with aboriginals (p. 1109).

To summarize, a court approaching the question of whether a particular practice is the exercise of a constitutional aboriginal right under s. 35(1) must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the position of the Crown throughout Canadian history as trustee or fiduciary for the first peoples of this country. Finally, I would join with the Chief Justice in asserting, as Mark Walters counsels in "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, at pp. 413 and 412, respectively, that "a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives" of the "two vastly dissimilar legal cultures" of European and aboriginal societies. We apply the common law, but the common law we apply must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

reuse, libérale et fondée sur l'objet qu'il vise. Il constitue «un engagement solennel qui doit avoir un sens utile» (p. 1108). Il englobe et confirme l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones (p. 1109). Il ne supprime pas le pouvoir du fédéral de légiférer à l'égard des autochtones, et les droits qu'il confère ne sont pas absolus. Le pouvoir fédéral doit être concilié avec les droits ancestraux par l'application de la doctrine de la justification. Le gouvernement fédéral peut légiférer afin de limiter l'exercice de droits ancestraux, mais seulement dans la mesure où cette limitation est justifiée et respecte la norme élevée — savoir celle d'agir honorablement — que la Constitution et les autres règles de droit imposent à l'État dans ses rapports avec les peuples autochtones (p. 1109).

En résumé, le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue depuis toujours auprès des premiers habitants du pays. Finalement, je souscris aux propos du Juge en chef qui affirme, conformément à l'opinion émise par Mark Walters, dans «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350, aux pp. 413 et 412 respectivement, qu'[TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les] deux points de vue juridiques», qui émanent des «deux cultures juridiques extrêmement dissemblables» des sociétés européennes et autochtones. Nous appliquons la common law, mais la common law que nous appliquons doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

(ii) The Right Asserted — the Right to Fish for Commercial Purposes

233 The first step is to ascertain the aboriginal right which is asserted by Mrs. Van der Peet. Are we concerned with the right to fish, the right to sell fish on a small sustenance-related level, or commercial fishing?

234 The Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé state that this appeal does not raise the issue of the right of the Sto:lo to engage in commercial fishery. They argue that the sale of one or two fish to a neighbour cannot be considered commerce, and that the British Columbia courts erred in treating it as such.

235 I agree that this case was defended on the ground that the fish sold by Mrs. Van der Peet were sold for purposes of sustenance. This was not a large corporate money-making activity. In the end, as will be seen, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that a large operation geared to producing profits in excess of what the people have historically taken from the river might not be constitutionally protected.

236 This said, I see little point in labelling Mrs. Van der Peet's sale of fish something other than commerce. When one person sells something to another, that is commerce. Commerce may be large or small, but commerce it remains. On the view I take of the case, the critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

237 Making an artificial distinction between the exchange of fish for money or other goods on the one hand and for commercial purposes on the other, may have serious consequences, if not in

(ii) Le droit revendiqué — le droit de pêcher à des fins commerciales

La première étape consiste à déterminer quel est le droit ancestral revendiqué par M<sup>me</sup> Van der Peet. S'agit-il du droit de pêcher, de celui de vendre, sur une petite échelle, du poisson à des fins de subsistance ou encore du droit de pêcher commercialement?

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé disent que le présent pourvoi ne soulève pas la question du droit des Sto:lo de pratiquer la pêche commerciale. Ils affirment que la vente de quelques poissons à un voisin ne saurait être assimilée à un acte de commerce et que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en pensant ainsi.

Je suis aussi d'avis que la défense de M<sup>me</sup> Van der Peet repose sur l'argument qu'elle a vendu le poisson à des fins de subsistance. Il ne s'agissait pas d'une activité lucrative d'une grosse entreprise commerciale. En fin de compte, comme nous le verrons, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé qu'une opération de grande envergure, visant la réalisation de bénéfices excédant ce que les autochtones ont historiquement tiré de l'exploitation du fleuve pourrait ne pas bénéficier de la protection de la Constitution.

Cela dit, je vois peu d'intérêt à qualifier autrement que d'acte de commerce la vente de poisson faite par M<sup>me</sup> Van der Peet. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. Le commerce peut se faire sur une grande ou sur une petite échelle, mais ça reste du commerce. À mon sens, la question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Le fait d'établir une distinction artificielle entre l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, d'une part, et l'échange de poisson à des fins commerciales, d'autre part, pourrait avoir des

this case, in others. If the aboriginal right at issue is defined as the right to trade on a massive, modern scale, few peoples may be expected to establish a commercial right to fish. As the Chief Justice observes in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, "[t]he claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden" on the aboriginal claimant "than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods" (para. 20). In the former case, the trade must be shown to have existed pre-contact "on a scale best characterized as commercial" (para. 20). With rare exceptions (see the evidence in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released concurrently) aboriginal societies historically were not interested in massive sales. Even if they had been, their societies did not afford them mass markets.

(iii) Aboriginal Rights versus the Exercise of Aboriginal Rights

It is necessary to distinguish at the outset between an aboriginal right and the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms. They remain constant over the centuries. The exercise of rights, on the other hand, may take many forms and vary from place to place and from time to time.

If a specific modern practice is treated as the right at issue, the analysis may be foreclosed before it begins. This is because the modern practice by which the more fundamental right is exercised may not find a counterpart in the aboriginal culture of two or three centuries ago. So if we ask whether there is an aboriginal right to a particular kind of trade in fish, i.e., large-scale commercial trade, the answer in most cases will be negative. On the other hand, if we ask whether there is an aboriginal right to use the fishery resource for the purpose of providing food, clothing or other needs,

conséquences sérieuses, sinon dans la présente espèce, alors dans d'autres affaires. Si le droit ancestral en cause est défini comme étant le droit de commercer massivement, au sens où on l'entend aujourd'hui, peu de peuples autochtones pourraient vraisemblablement établir un droit de pratiquer la pêche commerciale. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 «[l]a revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose» à l'autochtone qui revendique le droit un fardeau plus lourd «que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens» (par. 20). Dans la première hypothèse, il faut prouver que le commerce était pratiqué avant le contact avec les Européens et «sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale» (par. 20). Sauf rares exceptions (voir la preuve dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 rendu à la même date), historiquement les autochtones n'étaient pas intéressés à effectuer des ventes massives. D'ailleurs, même s'ils l'avaient été, les sociétés dans lesquelles ils vivaient ne constituaient pas des marchés de masse.

(iii) Droits ancestraux et exercice de tels droits

Il est nécessaire, au départ, de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux. Ils ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits, en revanche, peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques.

Si une pratique moderne spécifique est considérée comme étant le droit en cause, l'analyse peut alors devenir sans objet, avant même d'avoir commencé, car il est possible que la pratique moderne par laquelle est exercé le droit plus fondamental n'ait pas eu d'équivalent dans la culture autochtone qui existait il y a deux ou trois siècles. Par conséquent, si nous nous demandons s'il existe un droit ancestral de pratiquer un type particulier de commerce du poisson, par exemple d'en faire le commerce sur une grande échelle, la réponse sera négative dans la plupart des cas. Au contraire, si

the answer may be quite different. Having defined the basic underlying right in general terms, the question then becomes whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right.

nous nous demandons s'il existe un droit ancestral d'utiliser les ressources halieutiques en vue de pourvoir aux besoins alimentaires, vestimentaires ou autres, il est bien possible que la réponse soit tout à fait différente. Une fois le droit fondamental sous-jacent défini en termes généraux, la question devient alors de savoir si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice de ce droit.

240

This is how we reconcile the principle that aboriginal rights must be ancestral rights with the uncompromising insistence of this Court that aboriginal rights not be frozen. The rights are ancestral; they are the old rights that have been passed down from previous generations. The exercise of those rights, however, takes modern forms. To fail to recognize the distinction between rights and the contemporary form in which the rights are exercised is to freeze aboriginal societies in their ancient modes and deny to them the right to adapt, as all peoples must, to the changes in the society in which they live.

Voilà de quelle façon nous concilions le principe que les droits des peuples autochtones qui sont reconnus et confirmés au par. 35(1) doivent être des droits ancestraux et l'insistance indéfectible de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux, c'est-à-dire des droits anciens qui ont été transmis par les générations précédentes. Toutefois, l'exercice de ces droits prend des formes modernes. Ne pas reconnaître la distinction entre les droits et la façon contemporaine dont ils sont exercés équivaut à figer les sociétés autochtones dans leurs anciens modes de vie et à les priver du droit qu'elles ont, à l'instar de tous les autres peuples, de s'adapter aux changements du monde dans lequel elles vivent.

241

I share the concern of L'Heureux-Dubé J. that the Chief Justice defines the rights at issue with too much particularity, enabling him to find no aboriginal right where a different analysis might find one. By insisting that Mrs. Van der Peet's modern practice of selling fish be replicated in pre-contact Sto:lo practices, he effectively condemns the Sto:lo to exercise their right precisely as they exercised it hundreds of years ago and precludes a finding that the sale constitutes the exercise of an aboriginal right.

Je partage la préoccupation exprimée par le juge L'Heureux-Dubé que, dans sa définition des droits en cause, le Juge en chef applique un trop fort degré de particularisation, ce qui lui permet de conclure à l'inexistence d'un droit ancestral là où une analyse différente aurait pu mener au résultat contraire. En insistant pour que la pratique moderne de M<sup>me</sup> Van der Peet en matière de vente de poisson ait eu son équivalent dans les pratiques des Sto:lo avant le contact avec les Européens, il condamne effectivement les Sto:lo à exercer leur droit précisément comme ils le faisaient il y a des siècles, et exclut toute conclusion que la vente constitue l'exercice d'un droit ancestral.

242

To constitute a right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the right must be of constitutional significance. A right of constitutional significance may loosely be defined as a right which has priority over ordinary legal principles. It is a maxim which sets the boundaries within which the law must operate. While there were no formal constitutional guarantees of aboriginal rights prior to 1982, we may nevertheless discern certain princi-

Pour constituer un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit doit avoir une importance constitutionnelle. Un droit d'importance constitutionnelle peut être défini de façon générale comme un droit qui a priorité sur les principes juridiques ordinaires. Il s'agit d'une maxime qui fixe les limites à l'intérieur desquelles le droit doit s'appliquer. Même si les droits ancestraux n'étaient pas formellement garantis par la Consti-

ples relating to aboriginal peoples which were so fundamental as to have been generally observed by those charged with dealing with aboriginal peoples and with making and executing the laws that affected them.

The activity for which constitutional protection is asserted in this case is selling fish caught in the area of the Fraser River where the Sto:lo traditionally fished for the purpose of sustaining the people. The question is whether this activity may be seen as the exercise of a right which has either been recognized or which so resembles a recognized right that it should, by extension of the law, be so recognized.

#### (iv) The Time Frame

The Chief Justice and L'Heureux-Dubé J. differ on the time periods one looks to in identifying aboriginal rights. The Chief Justice stipulates that for a practice to qualify as an aboriginal right it must be traceable to pre-contact times and be identifiable as an "integral" aspect of the group's culture at that early date. Since the barter of fish was not shown to be more than an incidental aspect of Sto:lo society prior to the arrival of the Europeans, the Chief Justice concludes that it does not qualify as an aboriginal right.

L'Heureux-Dubé J., by contrast, minimizes the historic origin of the alleged right. For her, all that is required is that the practice asserted as a right have constituted an integral part of the group's culture and social organization for a period of at least 20 to 50 years, and that it continue to be an integral part of the culture at the time of the assertion of the right.

My own view falls between these extremes. I agree with the Chief Justice that history is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. Those things which have in the past been recognized as aboriginal rights have been related to the traditional prac-

tution avant 1982, nous pouvons néanmoins dégager certains principes touchant les peuples autochtones qui étaient si fondamentaux qu'ils étaient généralement observés par ceux qui étaient chargés de traiter avec les peuples autochtones et de rédiger et d'appliquer des lois les concernant.

L'activité à l'égard de laquelle la protection de la Constitution est revendiquée en l'espèce est la vente de poisson pris dans le secteur du fleuve Fraser où les Sto:lo ont traditionnellement pêché pour subvenir aux besoins des leurs. Il s'agit de décider si cette activité peut être assimilée à l'exercice d'un droit qui soit a été reconnu, soit ressemble à tel point à un droit reconnu qu'il devrait, par extension de la loi, être reconnu comme tel.

#### (iv) La période de référence

Le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé ne s'entendent pas sur la période à prendre en considération pour identifier les droits ancestraux. Le Juge en chef affirme que pour qu'une pratique soit considérée comme un droit ancestral elle doit remonter à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens et avoir fait «partie intégrante», dans ces temps anciens, de la culture du groupe visé. Comme il n'a pas été établi que le troc de poisson était autre chose qu'un aspect accessoire de la société Sto:lo avant l'arrivée des Européens, le Juge en chef conclut que cette pratique ne constitue pas un droit ancestral.

À l'opposé, le juge L'Heureux-Dubé minimise l'importance des origines historiques du droit revendiqué. Pour elle, tout ce qui est requis c'est que la pratique qui, affirme-t-on, serait un droit, ait fait partie intégrante de l'organisation sociale et de la culture du groupe concerné pendant une période d'au moins 20 à 50 ans, et qu'elle continue de faire partie intégrante de la culture au moment où le droit est revendiqué.

Mon point de vue se situe entre ces deux pôles extrêmes. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d' ancestrale. Les pratiques qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant

243

1996 CanLII 216 (SCC)

244

245

246

tices of aboriginal peoples. For this reason, this Court has always been at pains to explore the historical origins of alleged aboriginal rights. For example, in *Sparrow*, this Court began its inquiry into the aboriginal right to fish for food with a review of the fishing practices of the Musqueam Band prior to European contact.

des droits ancestraux se rapportaient aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones. Pour cette raison, notre Cour s'est toujours efforcée d'examiner les origines historiques des droits ancestraux revendiqués. Par exemple, dans *Sparrow*, notre Cour a commencé son examen du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires par l'étude des pratiques des Musqueams en matière de pêche avant le contact avec les Européens.

247

I cannot agree with the Chief Justice, however, that it is essential that a practice be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal rights find their source not in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question. As Brennan J. (as he then was) put it in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 58, "Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory." The French version of s. 35(1) aptly captures the governing concept. "*Les droits existants — ancestraux ou issus de traités* —" tells us that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be rooted in the historical or ancestral practices of the aboriginal people in question. This Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, adopted a similar approach: Dickson J. (as he then was) refers at p. 376 to "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". One finds no mention in the text of s. 35(1) or in the jurisprudence of the moment of European contact as the definitive all-or-nothing time for establishing an aboriginal right. The governing concept is simply the traditional customs and laws of people prior to imposition of European law and customs. What must be established is continuity between the modern practice at issue and a traditional law or custom of the native people. Most often, that law or tradition will be traceable to time immemorial; otherwise it would not be an ancestral aboriginal law or custom. But date of contact is not the only

Toutefois, je ne peux souscrire à l'avis du Juge en chef qu'il est essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles du peuple autochtone en cause. Comme l'a dit le juge Brennan (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Mabo c. Queensland [No. 2]* 1992, 175 C.L.R. 1, à la p. 58, [TRADUCTION] «Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire.» Le texte français du par. 35(1) rend bien le principe directeur en la matière. En effet, les mots «[I]es droits existants — ancestraux ou issus de traités —» nous indiquent que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent avoir leur source dans les pratiques historiques ou ancestrales des autochtones concernés. Dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a appliqué un principe analogue: le juge Dickson (plus tard juge en chef) a décrit, à la p. 376, le «titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». On ne trouve, ni dans le par. 35(1) ni dans la jurisprudence, aucune indication que le contact avec les Européens serait la date décisive pour établir l'existence d'un droit ancestral. Le principe directeur est tout simplement fondé sur les coutumes et les lois que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens. Ce qui doit être prouvé c'est l'existence d'une continuité entre la pratique moderne en cause et une loi ou coutume traditionnelle du peuple autochtone. La plupart du temps, il sera possible de retracer les

1996 CanLII 216 (SCC)

moment to consider. What went before and after can be relevant too.

My concern is that we not substitute an inquiry into the precise moment of first European contact — an inquiry which may prove difficult — for what is really at issue, namely the ancestral customs and laws observed by the indigenous peoples of the territory. For example, there are those who assert that Europeans settled the eastern maritime regions of Canada in the 7th and 8th centuries A.D. To argue that aboriginal rights crystallized then would make little sense; the better question is what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs. To take another example, in parts of the west of Canada, over a century elapsed between the first contact with Europeans and imposition of “Canadian” or “European” law. During this period, many tribes lived largely unaffected by European laws and customs. I see no reason why evidence as to the laws and customs and territories of the aboriginals in this interval should not be considered in determining the nature and scope of their aboriginal rights. This approach accommodates the specific inclusion in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* of the aboriginal rights of the Métis people, the descendants of European explorers and traders and aboriginal women.

Not only must the proposed aboriginal right be rooted in the historical laws or customs of the people, there must also be continuity between the historic practice and the right asserted. As Brennan J. put it in *Mabo*, at p. 60:

The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and

origines de cette loi ou tradition aux temps immémoriaux; autrement, il ne s'agirait pas d'une loi ou coutume ancestrale autochtone. Cependant, la date du contact avec les Européens n'est pas le seul moment à prendre en considération. Ce qui s'est passé avant et après cette date peut aussi être pertinent.

Mon inquiétude est qu'on substitue un examen fondé sur le moment précis du contact avec les Européens — examen qui peut s'avérer difficile — à la véritable question litigieuse, savoir les coutumes et lois ancestrales observées par les peuples autochtones habitant le territoire. Par exemple, d'aucuns affirment que les Européens ont colonisé les régions maritimes de l'Est du Canada aux VII<sup>e</sup> et VIII<sup>e</sup> siècles après Jésus-Christ. Il serait peu logique de soutenir que les droits ancestraux se sont cristallisés à ce moment-là. Il est préférable de se demander quelles sont les lois et coutumes qui avaient cours avant qu'on leur surimpose les lois et coutumes européennes. Pour donner un autre exemple, mentionnons que, dans certaines régions de l'Ouest canadien, il s'est écoulé plus d'un siècle entre le premier contact avec les Européens et l'assujettissement au droit «canadien» ou «européen». Durant cette période, de nombreuses tribus ont, dans une large mesure, vécu sans être touchées par les lois et coutumes européennes. Je ne vois aucune raison de ne pas prendre en considération, afin de déterminer la nature et la portée de leurs droits ancestraux, la preuve concernant les lois et coutumes respectées par les autochtones et les territoires occupés par ces derniers durant cet intervalle. Cette méthode est compatible avec l'inclusion expresse, au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des droits des Métis, qui sont les descendants d'explorateurs et de marchands européens et de femmes autochtones.

Non seulement le droit ancestral proposé doit avoir sa source dans les lois et coutumes historiques du peuple concerné, mais il faut également qu'il y ait continuité entre la pratique historique et le droit revendiqué. Comme l'a dit le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 60:

[TRADUCTION] La common law peut, par référence aux lois et coutumes traditionnelles d'un peuple autochtone,

protect the native rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared.

The continuity requirement does not require the aboriginal people to provide a year-by-year chronicle of how the event has been exercised since time immemorial. Indeed, it is not unusual for the exercise of a right to lapse for a period of time. Failure to exercise it does not demonstrate abandonment of the underlying right. All that is required is that the people establish a link between the modern practice and the historic aboriginal right.

identifier et protéger les droits et intérêts des autochtones auxquels les premières donnent naissance. Toutefois, quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu.

L'exigence de continuité n'oblige pas les autochtones à faire une chronique indiquant comment, année après année, le droit a été exercé depuis les temps immémoriaux. De fait, il n'est pas exceptionnel qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Le fait de ne pas exercer un droit ne prouve pas que celui-ci a été abandonné. Tout ce que les autochtones sont requis de faire, c'est d'établir un lien entre la pratique moderne et le droit historique qu'ils revendiquent.

1996 CanLII 216 (SCC)

250

While aboriginal rights will generally be grounded in the history of the people asserting them, courts must, as I have already said, take cognizance of the fact that the way those rights are practised will evolve and change with time. The modern exercise of a right may be quite different from its traditional exercise. To deny it the status of a right because of such differences would be to deny the reality that aboriginal cultures, like all cultures, change and adapt with time. As Dickson C.J. and La Forest J. put it in *Sparrow*, at p. 1093 "[t]he phrase 'existing aboriginal rights' [in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*] must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time".

Même si les droits ancestraux trouvent généralement leur origine dans l'histoire du peuple qui les revendique, les tribunaux doivent, comme je l'ai dit plus tôt, tenir compte du fait que la façon dont ces droits sont exercés évolue et change avec le temps. La façon dont un droit est exercé aujourd'hui peut être très différente de son exercice traditionnel. Refuser de reconnaître un droit en raison de telles différences serait nier la réalité que les cultures autochtones, à l'instar de toutes les autres cultures, changent avec le temps et s'adaptent. Comme l'ont dit le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, à la p. 1093, «[l']expression «droits ancestraux existants» [au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps».

(v) The Procedure for Determining the Existence of an Aboriginal Right

(v) La méthode permettant de déterminer l'existence d'un droit ancestral

251

Aboriginal peoples, like other peoples, define themselves through a myriad of activities, practices and claims. A few of these, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* tells us, are so fundamental that they constitute constitutional "rights" of such importance that governments cannot trench on them without justification. The problem before this Court is how to determine what activities, practices and claims fall within this class of constitutionally protected rights.

Comme les autres peuples, les peuples autochtones se définissent par une myriade de pratiques, d'activités et de droits, dont un certain nombre, nous dit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont un caractère si fondamental qu'ils sont des «droits» constitutionnels d'une importance telle que l'État ne peut leur porter atteinte sans justification. Le problème que notre Cour doit résoudre est de déterminer quelles sont les activités, pratiques et droits qui relèvent de la catégorie des droits protégés par la Constitution.

The first and obvious category of constitutionally protected aboriginal rights and practices are those which had obtained legal recognition prior to the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1) confirms “existing” aboriginal rights. Rights granted by treaties or recognized by the courts prior to 1982 must, it follows, remain rights under s. 35(1).

But aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982. As noted above, this Court has held that s. 35(1) “is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples”: *Sparrow*, at p. 1106, quoting Noel Lyon, “An Essay on Constitutional Interpretation”, *supra*, at p. 100. This poses the question of what new, previously unrecognized aboriginal rights may be asserted under s. 35(1).

The Chief Justice defines aboriginal rights as specific pre-contact practices which formed an “integral part” of the aboriginal group’s “specific distinct culture”. L’Heureux-Dubé J., adopting a “dynamic” rights approach, extends aboriginal rights to any activity, broadly defined, which forms an integral part of a distinctive aboriginal group’s culture and social organization, regardless of whether the activity pre-dates colonial contact or not. In my respectful view, while both these approaches capture important facets of aboriginal rights, neither provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists.

(vi) The “Integral-Incidental” Test

I agree with the Chief Justice, at para. 46, that to qualify as an aboriginal right “an activity must be an element of practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group

La première catégorie évidente de droits et pratiques autochtones protégés par la Constitution est formée de ceux qui avaient été reconnus en droit avant l’adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) confirme les droits ancestraux «existants». Il s’ensuit que les droits issus de traités ou reconnus par les tribunaux avant 1982 restent des droits visés au par. 35(1).

Toutefois, les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982. Comme il a été indiqué précédemment, notre Cour a statué que le par. 35(1) n’est pas «une simple codification de la jurisprudence portant sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L’article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones»: *Sparrow*, à la p. 1106, citation des propos de Noel Lyon dans «An Essay on Constitutional Interpretation», *loc. cit.*, à la p. 100. Il faut donc se demander quels droits ancestraux nouveaux, non déjà reconnus, peuvent être revendiqués en vertu du par. 35(1).

Le Juge en chef définit les droits ancestraux comme étant les pratiques particulières qui datent d’avant le contact avec les Européens et faisaient «partie intégrante» de la «culture distinctive spécifique» du groupe autochtone visé. Adoptant une méthode fondée sur le caractère «dynamique» des droits, le juge L’Heureux-Dubé élargit la définition de droits ancestraux à toute activité, largement définie, qui fait partie intégrante de l’organisation sociale et de la culture distinctive d’un groupe d’autochtones, peu importe que l’activité précède ou non le contact avec les Européens. En toute déférence, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux, ni l’une ni l’autre ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe.

(vi) Le critère de la «partie intégrante ou accessoire»

Je conviens avec le Juge en chef qui a dit, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral, «une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la

claiming the right". I also agree with L'Heureux-Dubé J. that an aboriginal right must be "integral" to a "distinctive aboriginal group's culture and social organization". To say this is simply to affirm the foundation of aboriginal rights in the laws and customs of the people. It describes an essential quality of an aboriginal right. But, with respect, a workable legal test for determining the extent to which, if any, commercial fishing may constitute an aboriginal right, requires more. The governing concept of integrality comes from a description in the *Sparrow* case where the extent of the aboriginal right (to fish for food) was not seriously in issue. It was never intended to serve as a test for determining the extent of disputed exercises of aboriginal rights.

culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Je conviens aussi avec le juge L'Heureux-Dubé qu'un droit ancestral doit faire «partie intégrante» de «l'organisation sociale et de la culture distinctive du groupe autochtones concerné». Dire cela, c'est simplement confirmer que le fondement des droits ancestraux réside dans les lois et les coutumes du peuple visé. C'est définir un attribut essentiel d'un droit ancestral. En toute déférence, toutefois, cela ne suffit pas pour constituer un critère juridique applicable pour déterminer, le cas échéant, la mesure dans laquelle la pêche commerciale peut constituer un droit ancestral. Le principe directeur de partie intégrante découle d'une description faite dans *Sparrow*, affaire où l'étendue du droit ancestral en cause (savoir celui de pêcher à des fins alimentaires) n'était pas vraiment en litige. Ce principe ne s'est jamais voulu un critère pour déterminer la portée d'exercices contestés de droits ancestraux.

1996 CanLII 216 (SCC)

256

My first concern is that the proposed test is too broad to serve as a legal distinguisher between constitutional and non-constitutional rights. While the Chief Justice in the latter part of his reasons seems to equate "integral" with "not incidental", the fact remains that "integral" is a wide concept, capable of embracing virtually everything that an aboriginal people customarily did. *The Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3rd ed. 1973), offers two definitions of "integral": 1. "Of or pertaining to a whole . . . constituent, component"; and 2. "Made up of component parts which together constitute a unity". To establish a practice as "integral" to a group's culture, it follows, one must show that the practice is part of the unity of practices which together make up that culture. This suggests a very broad definition: anything which can be said to be part of the aboriginal culture would qualify as an aboriginal right protected by the *Constitution Act, 1982*. This would confer constitutional protection on a multitude of activities, ranging from the trivial to the vital. The Chief Justice attempts to narrow the concept of "integral" by emphasizing that the proposed right must be part of what makes the group "distinctive", the "specific" people which they are, stopping short, however, of asserting that the practice must be unique

Ma première préoccupation est que le critère proposé est trop large pour servir à distinguer, en droit, les droits garantis par la Constitution de ceux qui ne le sont pas. Bien que, dans la dernière partie de ses motifs, le Juge en chef semble assimiler «partie intégrante» à «élément non accessoire», il n'en reste pas moins que la notion de «partie intégrante» est large et capable d'englober pratiquement tout ce qu'un peuple autochtone faisait sur une base coutumière. Le *Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (3<sup>e</sup> éd. 1973), donne deux acceptions du mot anglais «*integral*» («partie intégrante»): [TRADUCTION] 1. «Relatif au tout [...] composant, élément constitutif»; 2. «Composé d'éléments constitutifs contribuant à l'intégrité d'un ensemble». Il s'ensuit que, pour établir qu'une pratique fait «partie intégrante» de la culture d'un groupe, il faut démontrer qu'elle fait partie de l'ensemble des pratiques qui forment cette culture. Cela laisse supposer une définition très large: toute chose qui peut être considérée comme faisant partie de la culture autochtone constituerait un droit ancestral protégé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bénéficieraient ainsi de la protection de la Constitution une multitude d'activités allant des plus banales aux plus vitales. Le Juge en chef tente de restreindre la notion de «partie inté-

to the group and adhere to none other. But the addition of concepts of distinctness and specificity do not, with respect, remedy the overbreadth of the test. Minor practices, falling far short of the importance which we normally attach to constitutional rights, may qualify as distinct or specific to a group. Even the addition of the notion that the characteristic must be central or important rather than merely "incidental", fails to remedy the problem; it merely poses another problem, that of determining what is central and what is incidental to a people's culture and social organization.

The problem of overbreadth thus brings me to my second concern, the problem of indeterminacy. To the extent that one attempts to narrow the test proposed by the Chief Justice by the addition of concepts of distinctiveness, specificity and centrality, one encounters the problem that different people may entertain different ideas of what is distinctive, specific or central. To use such concepts as the markers of legal rights is to permit the determination of rights to be coloured by the subjective views of the decision-maker rather than objective norms, and to invite uncertainty and dispute as to whether a particular practice constitutes a legal right.

Finally, the proposed test is, in my respectful opinion, too categorical. Whether something is integral or not is an all or nothing test. Once it is concluded that a practice is integral to the people's culture, the right to pursue it obtains unlimited protection, subject only to the Crown's right to impose limits on the ground of justification. In this appeal, the Chief Justice's exclusion of "commercial fishing" from the right asserted masks the lack of internal limits in the integral test. But the logic of the test remains ineluctable, for all that: assum-

grante» en soulignant que le droit proposé doit faire partie de ce qui rend le groupe «distinctif», de ce qui en fait le peuple «spécifique» qu'il est, sans toutefois aller jusqu'à affirmer que la pratique doit être propre à ce groupe et n'appartenir à aucun autre. Cependant, l'addition des notions de caractère distinctif et de spécificité ne contrebalance pas, en toute déférence, la portée excessive du critère. Des pratiques mineures, qui n'ont pas l'importance que nous associons normalement aux droits de nature constitutionnelle, pourraient constituer des pratiques distinctes d'un groupe ou des pratiques spécifiques à celui-ci. Même l'ajout du facteur qui exige que la caractéristique soit fondamentale ou importante et non pas simplement «accessoire» ne résout pas le problème. Au contraire, elle ne fait que créer un problème supplémentaire, celui de déterminer ce qui est fondamental pour l'organisation sociale et la culture d'un peuple, et ce qui est accessoire.

Le problème de la portée excessive m'amène à faire état de ma deuxième préoccupation, savoir le problème de l'indétermination. Chercher à restreindre le critère proposé par le Juge en chef en y intégrant les notions de caractère distinctif, de spécificité et de caractère fondamental, c'est se buter au problème des conceptions individuelles de ce qui est distinctif, spécifique ou fondamental. Recourir à de telles notions comme balises des droits, c'est permettre que la détermination de ces droits soit teintée par les vues subjectives du décideur plutôt que fondée sur des normes objectives, c'est aussi susciter l'incertitude et la contestation dans l'examen visant à déterminer si une pratique donnée constitue un droit.

Finalement, le critère proposé est, en toute déférence, trop catégorique. Décider si une chose fait partie intégrante d'une autre, c'est appliquer le critère du tout ou rien. Une fois qu'il a été jugé qu'une pratique fait partie intégrante de la culture du peuple concerné, le droit de continuer cette pratique jouit alors d'une protection illimitée, sous réserve seulement du droit de l'État d'imposer des limites justifiées. Dans le présent pourvoi, l'exclusion par le Juge en chef de la «pêche commerciale» du droit revendiqué masque l'absence de

ing that another people in another case establishes that commercial fishing was integral to its ancestral culture, that people will, on the integral test, logically have an absolute priority over non-aboriginal and other less fortunate aboriginal fishers, subject only to justification. All others, including other native fishers unable to establish commercial fishing as integral to their particular cultures, may have no right to fish at all.

limite intrinsèque dans le critère de la partie intégrante. La logique du critère n'en demeure pas moins inéluctable malgré tout: à supposer qu'un autre peuple, dans une autre affaire, établisse que la pêche commerciale faisait partie intégrante de sa culture ancestrale, logiquement ce peuple bénéficiera alors, suivant le critère de la partie intégrante, de la priorité absolue sur les pêcheurs non autochtones et sur les autres pêcheurs autochtones moins chanceux, sous réserve seulement de l'existence de limites justifiées. Tous les autres pêcheurs, y compris les pêcheurs autochtones incapables d'établir que la pêche commerciale faisait partie intégrante de leur culture particulière, pourraient bien n'avoir aucun droit de pêche que ce soit.

259

The Chief Justice recognizes the all or nothing logic of the "integral" test in relation to commercial fishing rights in his reasons in *Gladstone*, *supra*. Having determined in that case that an aboriginal right to commercial fishing is established, he notes at para. 61 that unlike the Indian food fishery, which is defined in terms of the peoples' need for food, the right to fish commercially "has no internal limitations". Reasoning that where the test for the right imposes no internal limit on the right, the court may do so, he adopts a broad justification test which would go beyond limiting the use of the right in ways essential to its exercise as envisioned in *Sparrow*, to permit partial reallocation of the aboriginal right to non-natives. The historically based test for aboriginal rights which I propose, by contrast, possesses its own internal limits and adheres more closely to the principles that animated *Sparrow*, as I perceive them.

Dans ses motifs dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, précité, rendu à la même date, le Juge en chef reconnaît la logique du tout ou rien dont procède le critère de la «partie intégrante» en matière de droits de pêche commerciale. Après avoir conclu, dans cet arrêt, à l'existence d'un droit de pêche commerciale, il fait remarquer, au par. 61, que, contrairement à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, qui est définie en fonction des besoins alimentaires des gens concernés, le droit de pêcher commercialement «n'est pas assorti de limite intrinsèque». Faisant le raisonnement que, dans les cas où l'application du critère de détermination de l'existence d'un droit révèle que celui-ci n'est pas assorti de limite intrinsèque, le tribunal peut en imposer une, le Juge en chef adopte un large critère de justification qui ne ferait pas que limiter, comme cela est envisagé dans *Sparrow*, l'usage du droit aux fins essentielles à son exercice, mais permettrait la réaffectation partielle du droit ancestral à des non-autochtones. Par contraste, le critère fondé sur l'histoire que je propose d'appliquer à l'égard des droits ancestraux comporte ses propres limites intrinsèques et respecte davantage les principes sur lesquels repose, selon moi, l'arrêt *Sparrow*.

1996 CanLII 216 (SCC)

#### (vii) The Empirical Historic Approach

#### (vii) L'approche empirico-historique

260

The tests proposed by my colleagues describe qualities which one would expect to find in aboriginal rights. To this extent they may be informative and helpful. But because they are overinclusive,

Les critères proposés par mes collègues définissent les attributs que sont censés posséder les droits ancestraux. Dans cette mesure, ils peuvent être informatifs et utiles. Toutefois, comme ils ont

indeterminate, and ultimately categorical, they fall short, in my respectful opinion, of providing a practically workable principle for identifying what is embraced in the term “existing aboriginal rights” in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the better approach to defining aboriginal rights is an empirical approach. Rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is, we should look to history to see what sort of practices have been identified as aboriginal rights in the past. From this we may draw inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1). Confronted by a particular claim, we should ask, “Is this like the sort of thing which the law has recognized in the past?”. This is the time-honoured methodology of the common law. Faced with a new legal problem, the court looks to the past to see how the law has dealt with similar situations in the past. The court evaluates the new situation by reference to what has been held in the past and decides how it should be characterized. In this way, legal principles evolve on an incremental, pragmatic basis.

Just as there are two fundamental types of scientific reasoning — reasoning from first principles and empirical reasoning from experience — so there are two types of legal reasoning. The approach adopted by the Chief Justice and L’Heureux-Dubé J. in this appeal may be seen as an example of reasoning from first principles. The search is for a governing principle which will control all future cases. Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. In this spirit, and bearing in mind the important truths captured by the “integral” test proposed by the Chief Justice and L’Heureux-Dubé J., I turn to the question of

une portée excessive, qu’ils sont indéterminés et, en fin de compte, catégoriques, ils ne sauraient, en toute déférence, constituer un principe applicable, dans la pratique, pour cerner ce qui est visé par l’expression «droits ancestraux existants» au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, la meilleure façon de définir les droits ancestraux consiste à appliquer une approche empirique. Plutôt que d’essayer de définir *a priori* ce qu’est un droit ancestral, nous devons étudier l’histoire pour voir quelles sortes de pratiques ont été considérées comme des droits ancestraux dans le passé. Il est alors possible d’en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1). Lorsque nous sommes saisis d’une revendication donnée, nous devons nous demander: «S’agit-il d’une chose analogue à celles qui ont été reconnues en droit dans le passé?». C’est la méthode consacrée en common law. Le tribunal appelé à trancher un point de droit nouveau examine les solutions apportées dans le passé dans des cas analogues. Il évalue la nouvelle situation à la lumière des décisions rendues jusqu’à et décide de la qualification appropriée. Ainsi, les principes juridiques évoluent de manière progressive et pragmatique.

Tout comme il y a deux types fondamentaux de raisonnement scientifique — le raisonnement fondé sur des postulats de base et le raisonnement empirique, fondé sur l’expérience — il existe deux types de raisonnement juridique. L’approche adoptée par le Juge en chef et le juge L’Heureux-Dubé dans le présent pourvoi peut être considérée comme un exemple de raisonnement fondé sur des postulats de base. On cherche un principe directeur qui sera applicable dans tous les cas ultérieurs. Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n’ont encore jamais été définis, l’approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l’expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. Dans cet esprit, et compte tenu des vérités importantes qui ressortent du critère de la «partie intégrante» proposé par le Juge en chef et par le juge L’Heureux-Dubé, je vais maintenant

what the common law and Canadian history tell us about aboriginal rights.

(viii) The Common Law Principle: Recognition of Pre-Existing Rights and Customs

263 The history of the interface of Europeans and the common law with aboriginal peoples is a long one. As might be expected of such a long history, the principles by which the interface has been governed have not always been consistently applied. Yet running through this history, from its earliest beginnings to the present time is a golden thread — the recognition by the common law of the ancestral laws and customs the aboriginal peoples who occupied the land prior to European settlement.

264 For centuries, it has been established that upon asserting sovereignty the British Crown accepted the existing property and customary rights of the territory's inhabitants. Illustrations abound. For example, after the conquest of Ireland, it was held in *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, that the Crown did not take actual possession of the land by reason of conquest and that pre-existing property rights continued. Similarly, Lord Sumner wrote in *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, at p. 233 that "it is to be presumed, in the absence of express confiscation or of subsequent expropriatory legislation, that the conqueror has respected [pre-existing aboriginal rights] and forborne to diminish or modify them". Again, Lord Denning affirmed the same rule in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788:

In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected. Whilst, therefore, the British Crown, as Sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to every one of the inhabitants who has by native law an interest in it; and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests,

examiner ce que nous enseignent la common law et l'histoire du Canada au sujet des droits ancestraux.

(viii) Le principe de common law: la reconnaissance des coutumes et droits préexistants

L'histoire des rapports entre les Européens et la common law, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or — la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne.

Il est établi que, pendant des siècles, lorsqu'elle affirmait sa souveraineté sur un territoire, la Couronne britannique reconnaissait les droits de propriété et les droits fondés sur la coutume existants de ses occupants. Les exemples abondent. Ainsi, après la conquête de l'Irlande, il a été décidé dans l'arrêt *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516, que la Couronne n'avait pas effectivement pris possession des terres par la conquête et que les droits de propriété préexistants continuaient d'exister. De même, dans *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211, à la p. 233, lord Sumner a écrit [TRADUCTION] «qu'il faut présumer, en l'absence de confiscation expresse ou de loi d'expropriation ultérieure, que le conquérant a respecté [les droits ancestraux préexistants] et a renoncé à les restreindre ou à les modifier». Lord Denning a confirmé cette règle dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, à la p. 788:

[TRADUCTION] En se demandant . . . quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants. Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone;

even though those interests are of a kind unknown to English law. . . . [Emphasis added.]

Most recently in *Mabo*, the Australian High Court, after a masterful review of Commonwealth and American jurisprudence on the subject, concluded that the Crown must be deemed to have taken the territories of Australia subject to existing aboriginal rights in the land, even in the absence of acknowledgment of those rights. As Brennan J. put it at p. 58: "an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was 'desert uninhabited'. . . ." Once the "fictions" of *terra nullius* are stripped away, "[t]he nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to [the] laws and customs" of the indigenous people.

In Canada, the Courts have recognized the same principle. Thus in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at p. 328, Judson J. referred to the asserted right "to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished". In the same case, Hall J. (dissenting on another point) rejected at p. 416 as "wholly wrong" "the proposition that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer". Subsequent decisions in this Court are consistent with the view that the Crown took the land subject to pre-existing aboriginal rights and that such rights remain in the aboriginal people, absent extinguishment or surrender by treaty.

In *Guerin*, *supra*, this Court re-affirmed this principle, stating at pp. 377-78:

In recognizing that the Proclamation is not the sole source of Indian title the *Calder* decision went beyond the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's*

et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais . . . [Je souligne.]

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58: [TRADUCTION] «un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert» . . . ». Une fois écartées les «fictions» découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [TRADUCTION] «[l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes» des autochtones visés.

Au Canada, les tribunaux ont reconnu le même principe. Ainsi, dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 à la p. 328, le juge Judson a dit que le droit revendiqué était celui «de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint». À la page 416 du même arrêt, le juge Hall (dissident sur un autre point) a rejeté comme étant «entièrement erronée» «la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur». Les décisions subséquentes de notre Cour sont compatibles avec le point de vue que l'État a pris possession des terres, sous réserve des droits ancestraux préexistants, et que les autochtones conservent ces droits, en l'absence d'extinction ou de cession par traité.

Dans l'arrêt *Guerin*, précité, notre Cour a réaffirmé ce principe et déclaré ceci, aux pp. 377 et 378:

En reconnaissant que la Proclamation ne constitue pas l'unique fondement du titre indien, l'arrêt *Calder* va plus loin que l'arrêt du Conseil privé *St. Catherine's*

265

1996 CanLII 216 (SCC)

266

267

*Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46. In that case Lord Watson acknowledged the existence of aboriginal title but said it had its origin in the Royal Proclamation. In this respect *Calder* is consistent with the position of Chief Justice Marshall in the leading American cases of *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), cited by Judson and Hall JJ. in their respective judgments.

In *Johnson v. M'Intosh* Marshall C.J., although he acknowledged the Proclamation of 1763 as one basis for recognition of Indian title, was nonetheless of opinion that the rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European nations in the territories of the North American continent. The principle of discovery which justified these claims gave the ultimate title in the land in a particular area to the nation which had discovered and claimed it. In that respect at least the Indians' rights in the land were obviously diminished; but their rights of occupancy and possession remained unaffected. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Sparrow*, *supra*, reaffirmed that approach.

(ix) The Nature of the Interests and Customs Recognized by the Common Law

This much is clear: the Crown, upon discovering and occupying a "new" territory, recognized the law and custom of the aboriginal societies it found and the rights in the lands they traditionally occupied that these supported. At one time it was suggested that only legal interests consistent with those recognized at common law would be recognized. However, as Brennan J. points out in *Mabo*, at p. 59, that rigidity has been relaxed since the decision of the Privy Council in *Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399, "[t]he general principle that the common law will recognize a customary title only if it be consistent with the common law is subject to an exception in favour of traditional native title".

*Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson a reconnu l'existence du titre aborigène, mais a affirmé que celui-ci avait son origine dans la Proclamation royale. À cet égard, l'arrêt *Calder* est compatible avec le point de vue exprimé par le juge en chef Marshall dans les arrêts de principe américains *Johnson v. M'Intosh*, 8 Wheaton 543 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515 (1832), que les juges Judson et Hall ont cités dans leurs motifs respectifs.

Dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, le juge en chef Marshall, tout en reconnaissant que la Proclamation royale de 1763 constitue l'un des fondements du titre indien, a néanmoins estimé que les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications. Selon le principe de la découverte, sur lequel reposaient ces revendications, les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. [Je souligne.]

Notre Cour a réaffirmé ce point de vue dans *Sparrow*, précité.

(ix) La nature des intérêts et coutumes reconnus par la common law

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un «nouveau» territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivait de ces lois et coutumes. Il a été dit que seuls seraient reconnus les intérêts juridiques coïncidant avec ceux reconnus par la common law. Toutefois, comme le juge Brennan le souligne dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 59, cette attitude rigide s'est atténuée depuis l'arrêt du Conseil privé *Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399: [TRADUCTION] «[l]e principe général que la common law ne reconnaît un titre fondé sur la coutume que s'il est compatible avec la common law souffre une exception dans le cas du titre aborigène traditionnel».

It may now be affirmed with confidence that the common law accepts all types of aboriginal interests, “even though those interests are of a kind unknown to English law”: *per* Lord Denning in *Oyekan*, *supra*, at p. 788. What the laws, customs and resultant rights are “must be ascertained as a matter of fact” in each case, *per* Brennan J. in *Mabo*, at p. 58. It follows that the Crown in Canada must be taken as having accepted existing native laws and customs and the interests in the land and waters they gave rise to, even though they found no counterpart in the law of England. In so far as an aboriginal people under internal law or custom had used the land and its waters in the past, so it must be regarded as having the continuing right to use them, absent extinguishment or treaty.

This much appears from the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, which set out the rules by which the British proposed to govern the territories of much of what is now Canada. The Proclamation, while not the sole source of aboriginal rights, recognized the presence of aboriginals as existing occupying peoples. It further recognized that they had the right to use and alienate the rights they enjoyed the use of those territories. The assertion of British sovereignty was thus expressly recognized as not depriving the aboriginal people of Canada of their pre-existing rights; the maxim of *terra nullius* was not to govern here. Moreover, the Proclamation evidences an underlying concern for the continued sustenance of aboriginal peoples and their descendants. It stipulated that aboriginal people not be permitted to sell their land directly but only through the intermediary of the Crown. The purpose of this stipulation was to ensure that the aboriginal peoples obtained a fair exchange for the rights they enjoyed in the territories on which they had traditionally lived — an exchange which would ensure the sustenance not only of the current generation but also of generations to come. (See *Guerin*, *supra*, at p. 376; see also Brian Slaterry, “Under-

Il est désormais possible d'affirmer avec confiance que la common law accepte tous les types d'intérêts autochtones, [TRADUCTION] «même si [les] intérêts [en question] sont d'un genre inconnu en droit anglais»: lord Denning dans l'arrêt *Oyekan*, précité, à la p. 788. La question de savoir quels sont ces lois et ces coutumes, ainsi que les droits qui en découlent, «doi[t] être déterminé[e] en tant que question de fait» dans chaque cas, le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, à la p. 58. Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité.

Voilà ce qui ressort de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, qui énonce les règles selon lesquelles les Britanniques se proposaient de gouverner une grande partie des territoires qui constituent aujourd'hui le Canada. Bien qu'elle ne soit pas l'unique source des droits ancestraux, la Proclamation a reconnu la présence des autochtones en tant que peuples occupant les territoires. Elle a aussi reconnu qu'ils avaient le droit d'utiliser ces territoires et de se départir de ces droits d'usage. Il y est donc expressément reconnu que l'affirmation de la souveraineté britannique n'avait pas pour effet de priver les autochtones du Canada de leurs droits préexistants; la règle du territoire sans maître ne devrait pas s'appliquer ici. De plus, la Proclamation atteste le souci d'assurer aux peuples autochtones et à leurs descendants la possibilité de pourvoir à leur subsistance. Il y est stipulé que les autochtones ne sont pas autorisés à vendre leurs terres directement, mais qu'ils doivent le faire seulement par l'entremise de Sa Majesté. Cette stipulation visait à faire en sorte que les peuples autochtones reçoivent une juste contrepartie en échange des droits dont ils jouissaient sur les terres où ils avaient vécu traditionnellement — contrepartie qui assurerait la sub-

standing Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.)

sistance non seulement de la génération cédant les droits mais celle des générations futures. (Voir *Guerin*, précité, à la p. 376; voir aussi Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.)

271 The stipulation against direct sale to Europeans was coupled with a policy of entering into treaties with various aboriginal peoples. The treaties typically sought to provide the people in question with a land base, termed a reserve, as well as other benefits enuring to the signatories and generations to come — cash payments, blankets, foodstuffs and so on. Usually the treaties conferred a continuing right to hunt and fish on Crown lands. Thus the treaties recognized that by their own laws and customs, the aboriginal people had lived off the land and its waters. They sought to preserve this right in so far as possible as well as to supplement it to make up for the territories ceded to settlement.

La stipulation interdisant la vente directe aux Européens s'ajoutait à une politique visant la conclusion de traités avec les peuples autochtones. Les traités avaient généralement pour but de fournir aux autochtones concernés une assise territoriale, appelée réserve, ainsi que des avantages pour les signataires et leurs descendants — paiements en espèces, couvertures, denrées alimentaires et autres choses du genre. D'ordinaire, les traités conféraient un droit permanent de chasse et de pêche sur les terres domaniales. Les traités reconnaissaient donc le fait que, suivant leurs propres lois et coutumes, les autochtones tiraient leur subsistance du territoire et des eaux s'y trouvant, et ils visaient à préserver ce droit dans toute la mesure du possible et à le compléter pour compenser les territoires cédés à des fins de colonisation.

272 These arrangements bear testimony to the acceptance by the colonizers of the principle that the aboriginal peoples who occupied what is now Canada were regarded as possessing the aboriginal right to live off their lands and the resources found in their forests and streams to the extent they had traditionally done so. The fundamental understanding — the *Grundnorm* of settlement in Canada — was that the aboriginal people could only be deprived of the sustenance they traditionally drew from the land and adjacent waters by solemn treaty with the Crown, on terms that would ensure to them and to their successors a replacement for the livelihood that their lands, forests and streams had since ancestral times provided them. (In making this comment, I do not foreclose the possibility that other arguments might be made with respect to areas in Canada settled by France.)

Ces dispositions témoignent de l'acceptation par les colonisateurs du principe que les peuples autochtones qui occupaient ce qui est maintenant le Canada étaient considérés comme possédant le droit ancestral de tirer leur subsistance de leurs terres et des ressources des forêts et des cours d'eau, dans la mesure où ils l'avaient fait traditionnellement. La stipulation essentielle — la norme fondamentale de la colonisation au Canada — était que les peuples autochtones ne pouvaient être privés des moyens de subsistance qu'ils tiraient traditionnellement des terres et des eaux y adjacentes que par un traité solennel conclu avec Sa Majesté, à des conditions garantissant à ceux-ci ainsi qu'à leurs descendants des moyens de remplacer la subsistance qu'ils tiraient, depuis les temps ancestraux, des terres, forêts et cours d'eau. (En faisant cette observation, je n'exclus pas la possibilité que d'autres arguments puissent être présentés relativement aux régions du pays colonisées par la France.)

273 The same notions held sway in the colony of British Columbia prior to union with Canada in 1871. An early governor, Governor Douglas, pro-

Les mêmes notions avaient cours dans la colonie de la Colombie-Britannique avant son union avec le Canada en 1871. Un des premiers gouverneurs,

nounced a policy of negotiating solemn treaties with the aboriginal peoples similar to that pursued elsewhere in Canada. Tragically, that policy was overtaken by the less generous views that accompanied the rapid settlement of British Columbia. The policy of negotiating treaties with the aboriginals was never formally abandoned. It was simply overridden, as the settlers, aided by administrations more concerned for short-term solutions than the duty of the Crown toward the first peoples of the colony settled where they wished and allocated to the aboriginals what they deemed appropriate. This did not prevent the aboriginal peoples of British Columbia from persistently asserting their right to an honourable settlement of their ancestral rights — a settlement which most of them still await. Nor does it negate the fundamental proposition acknowledged generally throughout Canada's history of settlement that the aboriginal occupants of particular territories have the right to use and be sustained by those territories.

Generally speaking, aboriginal rights in Canada were group rights. A particular aboriginal group lived on or controlled a particular territory for the benefit of the group as a whole. The aboriginal rights of such a group inure to the descendants of the group, so long as they maintain their connexion with the territory or resource in question. In Canada, as in Australia, "many clans or groups of indigenous people have been physically separated from their traditional land and have lost their connexion with it" (p. 59). But "[w]here a clan or group has continued to acknowledge the laws and (so far as practicable) to observe the customs based on the traditions of that clan or group, whereby their traditional connexion with the land has been substantially maintained, the traditional community title of that clan or group can be said to remain in existence" (*Mabo*, at pp. 59-60).

Douglas, a établi une politique de négociation de traités solennels avec les peuples autochtones analogue à celle appliquée ailleurs au Canada. Tragiquement, cette politique a été écartée par la vision moins généreuse qui a accompagné la colonisation rapide de la Colombie-Britannique. La politique de négociation de traités avec les autochtones n'a jamais été officiellement abandonnée. Elle a simplement été foulée aux pieds parce que les colons, avec l'appui d'administrations plus soucieuses d'appliquer des solutions à court terme que de respecter les obligations de la Couronne envers les premiers habitants de la colonie, se sont établis là où ils le voulaient et ils n'ont accordé aux autochtones que ce qu'ils jugeaient convenable. Cela n'a pas empêché les peuples autochtones de la Colombie-Britannique de faire valoir avec ténacité leur droit d'obtenir un règlement honorable de leurs droits ancestraux — règlement que la plupart d'entre eux attendent encore. Cela n'invalide pas non plus la proposition fondamentale, généralement reconnue tout au long de l'histoire de la colonisation du pays, que les occupants autochtones de territoires donnés ont le droit d'utiliser ces territoires et d'en tirer leur subsistance.

De façon générale, les droits ancestraux au Canada étaient des droits collectifs. Un groupe d'autochtones particulier habitait un territoire ou exerçait sa domination sur celui-ci au profit de l'ensemble du groupe. Les droits ancestraux de ce groupe échoient aux descendants du groupe, tant que ceux-ci maintiennent des liens avec le territoire ou la ressource en question. Au Canada, tout comme en Australie, [TRADUCTION] «de nombreux clans ou groupes d'autochtones ont été physiquement séparés de leur territoire traditionnel et ils ont cessé d'être rattachés à celui-ci» (p. 59). Toutefois, [TRADUCTION] «[q]uand un clan ou un groupe a continué de reconnaître les lois et (si c'était matériellement possible) d'observer les coutumes fondées sur ses traditions, maintenant ainsi de façon substantielle ses liens traditionnels avec le territoire, il est possible d'affirmer que le titre communautaire traditionnel de ce clan ou groupe a continué d'exister» (arrêt *Mabo*, aux pp. 59 et 60).

275

It thus emerges that the common law and those who regulated the British settlement of this country predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles. The first was the general principle that the Crown took subject to existing aboriginal interests in the lands they traditionally occupied and their adjacent waters, even though those interests might not be of a type recognized by British law. The second, which may be viewed as an application of the first, is that the interests which aboriginal peoples had in using the land and adjacent waters for their sustenance were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for its sustenance may be seen as a fundamental aboriginal right. It is supported by the common law and by the history of this country. It may safely be said to be enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

#### (x) The Right to Fish for Sale

276

Against this background, I come to the issue at the heart of this case. Do aboriginal people enjoy a constitutional right to fish for commercial purposes under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*? The answer is yes, to the extent that the people in question can show that it traditionally used the fishery to provide needs which are being met through the trade.

277

If an aboriginal people can establish that it traditionally fished in a certain area, it continues to have a similar right to do so, barring extinguishment or treaty. The same justice that compelled those who drafted treaties with the aboriginals in the nineteenth century to make provision for the continuing sustenance of the people from the land, compels those dealing with aboriginals with whom treaties were never made, like the Sto:lo, to make similar provision.

Il ressort donc de ces observations que la common law et les responsables de la colonisation britannique de notre pays ont fondé leurs rapports avec les autochtones sur deux principes fondamentaux. Le premier était le principe général que Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes, même s'il ne s'agissait pas de droits appartenant à un type reconnu par le droit britannique. Le second, qui peut être considéré comme une application du premier, est que les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones visés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance peut être considéré comme un droit ancestral fondamental. Il trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays. Il est possible d'affirmer avec confiance que ce droit est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

#### (x) Le droit de pêcher en vue de la vente

Après avoir exposé le contexte, j'aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi. Les autochtones possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un droit constitutionnel de pêcher à des fins commerciales? La réponse est oui, dans la mesure où les autochtones concernés peuvent démontrer qu'ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour pourvoir à des besoins qui sont satisfaits par le commerce.

Si des autochtones peuvent établir qu'ils ont traditionnellement pêché dans un certain secteur, ils continuent d'avoir le droit de le faire, sauf extinction ou traité. Le même sentiment de justice qui obligeait ceux qui rédigeaient les traités conclus avec les autochtones au XIX<sup>e</sup> siècle à inclure dans ceux-ci des dispositions pour que les autochtones puissent continuer à tirer leur subsistance du territoire oblige ceux qui transigent avec des autochtones qui n'ont jamais conclu de traité, comme les Sto:lo, à prendre de telles mesures.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. At its base, the right is not the right to trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for the traditional needs, albeit in their modern form. However, if the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers. On this principle, where the aboriginal people can demonstrate that they historically have drawn a moderate livelihood from the fishery, the aboriginal right to a "moderate livelihood" from the fishery may be established (as Lambert J.A. concluded in the British Columbia

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

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive. Suivant ce principe, si les autochtones peuvent démontrer qu'ils ont histori-

Court of Appeal). However, there is no automatic entitlement to a moderate or any other livelihood from a particular resource. The inquiry into what aboriginal rights a particular people possess is an inquiry of fact, as we have seen. The right is established only to the extent that the aboriginal group in question can establish historical reliance on the resource. For example, evidence that a people used a water resource only for occasional food and sport fishing would not support a right to fish for purposes of sale, much less to fish to the extent needed to provide a moderate livelihood. There is, on this view, no generic right of commercial fishing, large-scale or small. There is only the right of a particular aboriginal people to take from the resource the modern equivalent of what by aboriginal law and custom it historically took. This conclusion echoes the suggestion in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, approved by Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, of a "limited" aboriginal priority to commercial fishing.

quement tiré une subsistance convenable de la pêche, il est alors possible d'établir l'existence d'un droit ancestral de tirer une «subsistance convenable» de la pêche (comme l'a conclu le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique). Cependant, il n'existe pas automatiquement de droit de tirer une subsistance convenable ou autre d'une ressource particulière. Comme nous l'avons vu, l'examen de la nature des droits ancestraux que possède un peuple donné porte sur les faits. L'existence du droit n'est établi que dans la mesure où le peuple autochtone en cause peut démontrer qu'il a traditionnellement exploité la ressource. Par exemple, la preuve qu'un peuple utilisait des eaux seulement à seules fins d'y pêcher occasionnellement à des fins alimentaires et sportives n'appuierait pas l'existence du droit de pêcher en vue de vendre du poisson, et encore moins de pêcher dans la mesure requise pour s'assurer une subsistance convenable. À mon avis, il n'existe pas de droit général de pêche commerciale, à quelque échelle que ce soit. Le seul droit qui existe est celui que possède un peuple autochtone particulier de tirer de la ressource l'équivalent moderne de ce qu'il en a historiquement tiré suivant les lois et coutumes autochtones. Cette conclusion reprend l'opinion qui a été émise dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, et approuvée par le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans *Sparrow*, et suivant laquelle les autochtones jouissant d'une priorité «restreinte» en matière de pêche commerciale.

1996 CanLII 216 (SCC)

280

A further limitation is that all aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. These aboriginal rights are founded on the right of the people to use the land and adjacent waters. There can be no use, on the long term, unless the product of the lands and adjacent waters is maintained. So maintenance of the land and the waters comes first. To this may be added a related limitation. Any right, aboriginal or other, by its very nature carries with it the obligation to use it responsibly. It cannot be used, for example, in a way which harms people, aboriginal or non-aboriginal. It is up to the Crown to establish a regulatory regime which respects these objectives. In the analytic framework usually

Une autre limite est que tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Ces droits ancestraux sont fondés sur le droit des autochtones concernés d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes. À long terme cette utilisation est impossible à moins de protéger les produits tirés des terres et des eaux adjacentes à celles-ci. La protection des terres et des eaux vient donc au premier rang. À tout cela, s'ajoute une limite connexe. En effet, tout droit — ancestral ou autre — emporte de par sa nature même l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Par exemple, il ne peut être utilisé d'une manière préjudiciable à autrui, qu'il s'agisse ou non d'autoch-

used in cases such as this, the right of the government to limit the aboriginal fishery on grounds such as these is treated as a matter of justifying a limit on a "*prima facie*" aboriginal right. Following this framework, I will deal with it in greater detail under the heading of justification.

(xi) Is an Aboriginal Right to Sell Fish for Commerce Established in this Case?

I have concluded that subject to conservation needs, aboriginal peoples may possess a constitutional right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to use a resource such as a river site beside which they have traditionally lived to provide the modern equivalent of the amenities which they traditionally have obtained from the resource, whether directly or indirectly, through trade. The question is whether, on the evidence, Mrs. Van der Peet has established that the Sto:lo possessed such a right.

The evidence establishes that by custom of the aboriginal people of British Columbia, the Sto:lo have lived since time immemorial at the place of their present settlement on the banks of the Fraser River. It also establishes that as a fishing people, they have for centuries used the fish from that river to sustain themselves. One may assume that the forest and vegetation on the land provided some of their shelter and clothing. However, their history indicates that even in days prior to European contact, the Sto:lo relied on fish, not only for food and ceremonial purposes, but also for the purposes of obtaining other goods through trade. Prior to contact with Europeans, this trade took place with other tribes; after contact, sales on a larger scale were made to the Hudson's Bay Company, a practice which continued for almost a century. In summary, the evidence conclusively establishes that over many centuries, the Sto:lo have used the fishery not only for food and ceremonial purposes, but

tones. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs. Conformément au cadre d'analyse habituellement appliqué dans les cas comme celui qui nous occupe, le droit de l'État de restreindre la pêche autochtone pour des motifs de cet ordre soulève la question de la justification des limites apportées à un droit ancestral dont l'existence a été établie à première vue. Appliquant ce cadre, je vais étudier ce point plus en détail lorsque je traiterai de la justification.

(xi) L'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement a-t-elle été établie en l'espèce?

J'ai conclu que, sous réserve des besoins de conservation, il est possible que des peuples autochtones possèdent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit constitutionnel d'utiliser une ressource tel un secteur dans une rivière au bord de laquelle ils ont traditionnellement vécu, pour en tirer l'équivalent moderne des commodités de la vie qu'ils ont traditionnellement obtenues au moyen de cette ressource, directement ou indirectement, par voie d'échange. Il s'agit de décider si, d'après la preuve, Mme Van der Peet a établi que les Sto:lo possèdent un tel droit.

La preuve établit que, selon la coutume des autochtones de la Colombie-Britannique, les Sto:lo vivent depuis des temps immémoriaux au lieu de leur établissement actuel sur les berges du fleuve Fraser. La preuve démontre également que, en tant que pêcheurs, ils utilisent depuis des siècles le poisson de ce fleuve pour assurer leur subsistance. Il est permis de supposer qu'ils ont tiré des forêts et de la végétation une partie des choses nécessaires pour se loger et se vêtir. Toutefois, leur histoire indique que, même avant l'arrivée des Européens, les Sto:lo exploitaient le poisson non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais également pour obtenir d'autres biens par voie d'échange. Avant le contact avec les Européens, ces échanges avaient lieu avec d'autres tribus. Après le contact, des ventes à une plus grande échelle ont été faites à la Compagnie de la Baie d'Hudson, pratique qui s'est poursuivie pendant presque un siècle. En résumé, la preuve établit

also to satisfy a variety of other needs. Unless that right has been extinguished, and subject always to conservation requirements, they are entitled to continue to use the river for these purposes. To the extent that trade is required to achieve this end, it falls within that right.

décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. À moins que ce droit ait été éteint, et sous réserve toujours des exigences en matière de conservation, les Sto:lo ont le droit de continuer d'exploiter le fleuve à ces fins. Dans la mesure où le commerce est nécessaire pour réaliser cet objectif, il fait partie de ce droit.

283 I agree with L'Heureux-Dubé J. that the scale of fishing evidenced by the case at bar falls well within the limit of the traditional fishery and the moderate livelihood it provided to the Sto:lo.

Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que l'ampleur des activités de pêche révélées par la preuve reste bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle pratiquée par les Sto:lo et de la subsistance convenable qu'ils en tiraient.

284 For these reasons I conclude that Mrs. Van der Peet's sale of the fish can be defended as an exercise of her aboriginal right, unless that right has been extinguished.

Pour ces motifs, je conclus que la vente du poisson par Mme Van der Peet peut être justifiée comme étant l'exercice de son droit ancestral, à moins que ce droit ait été éteint.

#### B. *Is the Aboriginal Right Extinguished?*

#### B. *Le droit ancestral a-t-il été éteint?*

285 The Crown has never concluded a treaty with the Sto:lo extinguishing its aboriginal right to fish. However, it argues that any right the Sto:lo people possess to fish commercially was extinguished prior to 1982 through regulations limiting commercial fishing by licence. The appellant, for her part, argues that general regulations controlling the fishery do not evidence the intent necessary to establish extinguishment of an aboriginal right.

L'État n'a jamais conclu avec les Sto:lo de traité éteignant leur droit de pêche ancestral. Le ministère public soutient toutefois que tout droit des Sto:lo de pêcher commercialement a été éteint avant 1982 par voie de règlements limitant la pêche commerciale aux activités pratiquées en vertu de permis. Pour sa part, l'appelante affirme que des règlements généraux visant à contrôler la pêche n'attestent pas l'intention nécessaire pour établir l'extinction d'un droit ancestral.

286 For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain": *Sparrow*, *supra*, at p. 1099. The Canadian test for extinguishment of aboriginal rights borrows from the American test, enunciated in *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), at pp. 739-40: "[w]hat is essential [to satisfy the "clear and plain" test] is clear evidence that [the government] actually considered the conflict between its intended action on the one hand and Indian treaty rights on the other, and chose to resolve that conflict by abrogating the treaty" or right.

Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse»: *Sparrow*, précité, à la p. 1099. Le critère appliqué au Canada en matière d'extinction des droits ancestraux s'inspire du critère américain énoncé dans l'arrêt *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986), aux pp. 739 et 740: [TRADUCTION] «[c]e qui est essentiel [pour satisfaire au critère de l'intention «claire et expresse»], c'est une preuve claire que [l'État] a réellement pris en considération le conflit entre la mesure qu'il entend prendre, d'une part, et les droits issus de traités des Indiens, d'autre part, et qu'il a choisi de résoudre ce conflit en abrogeant le traité» ou le droit.

Following this approach, this Court in *Sparrow* rejected the Crown's argument that pre-1982 regulations imposing conditions on the exercise of an aboriginal right extinguished it to the extent of the regulation. To accept that argument, it reasoned at p. 1091, would be to elevate such regulations as applied in 1982 to constitutional status and to "incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations". Rejecting this "snapshot" approach to constitutional rights, the Court distinguished between regulation of the exercise of a right, and extinguishment of the right itself.

In this case, the Crown argues that while the regulatory scheme may not have extinguished the aboriginal right to fish for food (*Sparrow*) it nevertheless extinguished any aboriginal right to fish for sale. It relies in particular on Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917, which provided:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only. . . .

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Appliquant cette approche, notre Cour a, dans *Sparrow*, rejeté l'argument du ministère public que les règlements d'avant 1982 qui assujétissaient l'exercice d'un droit ancestral à certaines conditions avaient eu pour effet d'éteindre ce droit dans la mesure des conditions imposées. Accepter cet argument, a raisonné notre Cour, à la p. 1091, reviendrait à conférer un statut constitutionnel aux règlements applicables en 1982 et à «introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates». Rejetant l'application de cette approche «ponctuelle» aux droits constitutionnels, notre Cour a établi une distinction entre la réglementation de l'exercice d'un droit et l'extinction du droit lui-même.

En l'espèce, le ministère public prétend que, bien que le régime de réglementation n'ait peut-être pas éteint le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires (*Sparrow*), il a néanmoins éteint tout droit ancestral de pêcher à des fins de vente. Le ministère public se fonde en particulier sur le décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement . . .

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que le présent règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose . . . .

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi des pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit:

2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé . . . .

289 The argument that Regulation 2539 extinguished any aboriginal right to fish commercial faces two difficulties. The first is the absence of any indication that the government of the day considered the aboriginal right on the one hand, and the effect of its proposed action on that right on the other, as required by the "clear and plain" test. There is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish. They acknowledge no more than an aboriginal "practice" of fishing for food. The regulation takes note of the aboriginal position that the regulations confining them to food fishing are "ineffective". However, it does not accept that position. It rather rejects it and affirms that free fishing by natives for sale will not be permitted. This does not meet the test for regulatory extinction of aboriginal rights which requires: acknowledgment of right, conflict of the right proposed with policy, and resolution of the two.

290 The second difficulty the Crown's argument encounters is that the passage quoted does not present a full picture of the regulatory scheme imposed. To determine the intent of Parliament, one must consider the statute as a whole: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994). Similarly, to determine the intent of the Governor in Council making a regulation, one must look to the effect of a regulatory scheme as a whole.

291 The effect of Regulation 2539 was that Indians were no longer permitted to sell fish caught pursuant to their right to fish for food. However, Regu-

L'argument que le règlement 2539 a éteint tout droit ancestral de pêche commerciale se heurte à deux difficultés. La première est l'absence de toute indication que le gouvernement d'alors a, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», pris en considération le droit ancestral, d'une part, et l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre, d'autre part. Le texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral. On y reconnaît tout au plus l'existence d'une «pratique» des autochtones de pêcher à des fins alimentaires. Le règlement constate la position des autochtones que le règlement qui ne les autorise qu'à pêcher pour se nourrir est «inefficace». Toutefois, cette position n'est pas acceptée, mais au contraire rejetée, et on déclare que les autochtones ne seront pas libres de pêcher dans le but de vendre du poisson. Cela ne satisfait pas au critère de l'extinction des droits ancestraux par voie de réglementation, critère qui comprend trois éléments: la reconnaissance de l'existence du droit; un conflit entre le droit et la politique proposée; la résolution du conflit.

La seconde difficulté à laquelle se bute l'argument du ministère public est que le passage cité ne présente pas un tableau complet du régime de réglementation imposé. Pour dégager l'intention du législateur fédéral, il faut examiner une loi dans son ensemble: *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994). De même, pour établir quelle était l'intention du gouverneur en conseil lorsqu'il a pris un règlement, il faut tenir compte de l'effet de l'ensemble du régime de réglementation.

L'effet du règlement 2539 était que les Indiens n'étaient désormais plus autorisés à vendre le poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins

1996 CanLII 216 (SCC)

lation 2539 was only a small part of a much larger regulatory scheme, dating back to 1908, in which aboriginal peoples played a significant part. While the 1917 regulation prohibits aboriginal peoples from selling fish obtained under their food rights, it did not prevent them from obtaining licences to fish commercially under the general regulatory scheme laid down in 1908 and modified through the years. In this way, the regulations recognized the aboriginal right to participate in the commercial fishery. Instead of barring aboriginal fishers from the commercial fishery, government regulations and policy before and after 1917 have consistently given them preferences in obtaining the necessary commercial licences. Far from extinguishing the aboriginal right to fish, this policy may be seen as tacit acceptance of a "limited priority" in aboriginal fishers to the commercial fishery of which Dickson J. spoke in *Jack* and which was approved in *Sparrow*.

Evidence of the participation in commercial fishing by aboriginal people prior to the regulations in 1917 in commercial fishing was discussed by Dickson J. in *Jack*, *supra*. That case was concerned with the policy of the Colonialists prior to Confederation. Without repeating the entirety of that discussion here, it is sufficient to note the conclusion reached at p. 311:

... the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents.

This limited priority for aboriginal commercial fishing is reflected in the government policy of extending preferences to aboriginals engaged in the fishery. The 1954 Regulations, as amended in 1974, provided for reduced licensing fees for aboriginal fishers. For example, either a gill-net fishing licence that would cost a non-aboriginal fisher \$2,000, or a seine fishing licence that would cost a non-native fisher \$200, would cost a native

alimentaires. Toutefois, le règlement 2539 n'était qu'une petite partie d'un régime de réglementation beaucoup plus large, datant de 1908 et dans le cadre duquel les peuples autochtones jouaient un rôle important. Même si le règlement de 1917 interdit aux autochtones de vendre du poisson pris en vertu de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, il ne les empêche pas d'obtenir des permis de pêche commerciale sous l'empire du régime général établi en 1908 et modifié au fil des ans. Vu sous cet angle, le règlement reconnaissait le droit des autochtones de participer à la pêche commerciale. Au lieu d'interdire la pêche commerciale aux pêcheurs autochtones, la réglementation et la politique gouvernementales, tant avant qu'après 1917, leur ont continuellement accordé des mesures préférentielles en vue de l'obtention des permis de pêche commerciale requis. Il est possible d'affirmer que, loin d'éteindre le droit de pêche ancestral, cette politique peut être considérée comme une acceptation tacite de la [TRADUCTION] «priorité restreinte» des pêcheurs autochtones en matière de pêche commerciale dont a fait état le juge Dickson dans l'arrêt *Jack* et qui a été approuvée dans *Sparrow*.

La preuve de la participation des autochtones à la pêche commerciale avant la réglementation, en 1917, de la pêche commerciale a été examinée par le juge Dickson dans *Jack*, précité. Cette affaire portait sur la politique des colonialistes avant la Confédération. Sans répéter l'intégralité des propos du juge Dickson, il suffit de citer la conclusion qu'il tire, à la p. 311:

... la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs.

Cette priorité restreinte accordée à la pêche commerciale autochtone ressort de la politique de l'État qui consiste à prendre des mesures préférentielles en faveur des autochtones qui participent à cette pêche. Le règlement de 1954, modifié en 1974, fixait des droits de permis réduits pour ces derniers. Par exemple, les permis de pêche au filet maillant et les permis de pêche à la seine qui coûtaient respectivement 2 000 \$ et 200 \$ aux

fisher \$10. Moreover, the evidence available indicates that there has been significant aboriginal participation in the commercial fishery. Specifically, a review of aboriginal participation in the commercial fishery for 1985 found that 20.5 per cent of the commercial fleet was Indian-owned or Indian-operated and that that segment of the commercial fleet catches 27.7 per cent of the commercial catch. Since the regulatory scheme is cast in terms of individual rights, it has never expressly recognized the right of a particular aboriginal group to a specific portion of the fishery. However, it has done so implicitly by granting aboriginal fishers preferences based on their membership in an aboriginal group.

pêcheurs non autochtones ne coûtaient que 10 \$ aux pêcheurs autochtones. De plus, la preuve disponible indique que les autochtones participent de façon importante à la pêche commerciale. De façon plus précise, une étude sur la participation des autochtones à la pêche commerciale en 1985 a révélé que 20,5 pour 100 de la flotte commerciale appartenait à des Indiens ou était exploitée par des Indiens, et que cette partie de la flotte comptait pour 27,7 pour 100 des prises commerciales. Comme le régime de réglementation est établi en fonction des droits individuels, on n'y a jamais reconnu expressément le droit d'un groupe particulier d'autochtones à une part déterminée de la pêche. Toutefois, cette reconnaissance découle implicitement des mesures préférentielles accordées aux pêcheurs autochtones du fait de leur appartenance à un groupe autochtone.

294 It thus emerges that the regulatory scheme in place since 1908, far from extinguishing the aboriginal right to fish for sale, confirms that right and even suggests recognition of a limited priority in its exercise. I conclude that the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance has not been extinguished.

Il s'ensuit donc que, loin d'avoir éteint le droit ancestral de pêcher à des fins de vente, le régime de réglementation en place depuis 1908 confirme ce droit et tend même à reconnaître une priorité restreinte à l'exercice de ce droit. Je conclus que le droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

295 The remaining questions are whether the regulation infringes the Sto:lo's aboriginal right to fish for trade to supplement the fish they took for food and ceremonial purposes and, if so, whether that infringement constitutes a justifiable limitation on the right.

Les questions qu'il reste à trancher sont celles de savoir si la disposition réglementaire en cause porte atteinte au droit ancestral des Sto:lo de prendre, à des fins de vente, du poisson en sus de celui qu'ils prenaient à des fins alimentaires et rituelles, et, dans l'affirmative, si cette atteinte constitue une limitation justifiable de ce droit.

## 2. Is the Aboriginal Right Infringed?

## 2. Y a-t-il atteinte au droit ancestral?

296 The right established, the next inquiry, following *Sparrow*, is whether the regulation constitutes a *prima facie* infringement of the aboriginal right. If it does, the inquiry moves on to the question of whether the *prima facie* infringement is justified.

Une fois l'existence du droit établie, l'étape suivante de l'examen prévu par l'arrêt *Sparrow* consiste à déterminer si le règlement constitue une atteinte à première vue au droit ancestral. Dans l'affirmative, il faut ensuite se demander si l'atteinte à première vue est justifiée.

297 The test for *prima facie* infringement prescribed by *Sparrow* is "whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right" (p. 1111). If it has this effect, the *prima facie* infringement is made out. Having set

Le critère de l'atteinte à première vue, prescrit par l'arrêt *Sparrow*, consiste à déterminer «si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant» (p. 1111). Si oui, l'atteinte à première vue est établie. Après avoir énoncé ce

out this test, Dickson C.J. and La Forest J. supplement it by stating that the court should consider whether the limit is unreasonable, whether it imposes undue hardship, and whether it denies to the holders of the right their "preferred means of exercising that right" (p. 1112). These questions appear more relevant to the stage two justification analysis than to determining the *prima facie* right; as the Chief Justice notes in *Gladstone* (at para. 43), they seem to contradict the primary assertion that a measure which has the effect of interfering with the aboriginal right constitutes a *prima facie* violation. In any event, I agree with the Chief Justice that a negative answer to the supplementary questions does not negate a *prima facie* infringement.

The question is whether the regulatory scheme under which Mrs. Van der Peet stands charged has the "effect" of "interfering with an existing aboriginal right", in this case the right of the Sto:lo to sell fish to the extent required to provide for needs they traditionally by native law and custom took from the section of the river whose banks they occupied. The inquiry into infringement in a case like this may be viewed in two stages. At the first stage, the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to do what he or she did. That established, it falls to the Crown to show that the regulatory scheme meets the particular entitlement of the Sto:lo to fish for sustenance.

The first requirement is satisfied in this case by demonstration of the aboriginal right to sell fish prohibited by regulation. The second requirement, however, has not been satisfied. Notwithstanding the evidence that aboriginal fishers as a class enjoy a significant portion of the legal commercial market and that considerable fish caught as "food fish" is illegally sold, the Crown has not established that the existing regulations satisfy the particular right of the Sto:lo to fish commercially for sustenance.

critère, le juge en chef Dickson et le juge La Forest le complètent en déclarant que le tribunal doit se demander si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse et si elle refuse aux titulaires du droit le recours à «leur moyen préféré de l'exercer» (p. 1112). Or, ces questions semblent plus pertinentes pour la seconde étape de l'analyse, celle de la justification, que pour l'établissement du droit à première vue. Comme le souligne le Juge en chef dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 43), ces questions semblent contredire l'assertion de départ selon laquelle une mesure qui a pour effet de porter atteinte au droit ancestral constitue une violation à première vue. Quoiqu'il en soit, je conviens avec le Juge en chef qu'une réponse négative aux questions supplémentaires n'exclut pas de l'existence d'une atteinte à première vue.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le régime de réglementation en vertu duquel Mme Van der Peet est accusée a «pour effet» de «porter atteinte à un droit ancestral existant», en l'occurrence le droit des Sto:lo de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour pourvoir aux besoins qu'ils ont traditionnellement satisfaits en exploitant, conformément aux lois et coutumes autochtones, le secteur du fleuve dont ils occupaient les berges. Dans un cas comme la présente espèce, l'examen de la question de l'atteinte peut être considéré comme comportant deux étapes. Au cours de la première étape, la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait. Une fois ce droit établi, il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher à des fins de subsistance.

En l'espèce, la première condition est remplie par la preuve de l'existence du droit ancestral de vendre du poisson qui est interdit par le règlement. Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. En effet, malgré la preuve que les pêcheurs autochtones jouissent, collectivement, d'une part importante du marché commercial légal et qu'une quantité considérable de poisson pris «à des fins alimentaires» est vendue illégalement, le ministère public n'a pas établi que la réglementation exis-

The issue is not the quantity of fish currently caught, which may or may not satisfy the band's sustenance requirements. The point is rather that the Crown, by denying the Sto:lo the right to sell any quantity of fish, denies their limited aboriginal right to sell fish for sustenance. The conclusion of *prima facie* infringement of the collective aboriginal right necessarily follows.

tante respecte le droit particulier des Sto:lo de pêcher commercialement à des fins de subsistance. Le litige ne porte pas sur la quantité de poisson qui est prise présentement, quantité qui peut ou non satisfaire les besoins de la bande pour assurer sa subsistance. Il s'agit plutôt de savoir si, en niant aux Sto:lo le droit de vendre toute quantité de poisson, l'État les prive de leur droit ancestral restreint de vendre du poisson à des fins de subsistance. D'où la conclusion inéluctable qu'il y a atteinte à première vue au droit ancestral collectif.

300 The Crown argued that regulation of a fishery to meet the sustenance needs of a particular aboriginal people is administratively unworkable. The appellant responded with evidence of effective regulation in the State of Washington of aboriginal treaty rights to sustenance fishing. I conclude that the sustenance standard is not so inherently indeterminate that it cannot be regulated. It is for the Crown, charged with administering the resource, to determine effective means to regulate its lawful use. The fact that current regulations fail to do so confirms the infringement, rather than providing a defence to it.

Le ministère public a fait valoir qu'il est administrativement impossible de réglementer une pêche de manière à respecter les besoins d'un peuple autochtone particulier à des fins de subsistance. L'appelante a répliqué en présentant des éléments de preuve indiquant que, dans l'État de Washington, on réglemente de façon efficace les droits issus de traités des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. J'en conclus que la norme des besoins en matière de subsistance n'est pas si intrinsèquement indéterminée qu'elle ne peut être réglementée. Il appartient à l'État, qui est chargé de la gestion de la ressource, de mettre en œuvre des moyens efficaces d'en réglementer l'utilisation légale. Le fait que la réglementation actuelle soit déficiente à cet égard confirme l'atteinte, au lieu de la justifier.

### 3. Is the Government's Limitation of Mrs. Van der Peet's Right to Fish for Sustenance Justified?

### 3. La restriction par l'État du droit de M<sup>me</sup> Van der Peet de pêcher à des fins de subsistance est-elle justifiée?

301 Having concluded that the Sto:lo possess a limited right to engage in fishing for commerce and that the regulation constitutes a *prima facie* infringement of this right, it remains to consider whether the infringement is justified. The inquiry into justification is in effect an inquiry into the extent the state can limit the exercise of the right on the ground of policy.

Après avoir conclu que les Sto:lo possèdent un droit restreint de pêcher à des fins commerciales et que le règlement constitue une atteinte à première vue à ce droit, il reste à se demander si cette atteinte est justifiée. L'examen de la question de la justification revient en fait à se demander dans quelle mesure l'État peut, pour des considérations de politique générale, restreindre l'exercice du droit.

302 Just as I parted company with the Chief Justice on the issue of what constitutes an aboriginal right, so I must respectfully dissent from his view of what constitutes justification. Having defined the right at issue in such a way that it possesses no

Tout comme je me suis dissociée des propos du Juge en chef sur la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, je dois également, en toute déférence, exprimer ma dissidence à l'égard de son opinion sur ce qui constitue une justification.

1996 CanLII 216 (SCC)

internal limits, the Chief Justice compensates by adopting a large view of justification which cuts back the right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony: *Gladstone*, at paras. 73 to 75. I would respectfully decline to adopt this concept of justification for three reasons. First, it runs counter to the authorities, as I understand them. Second, it is indeterminate and ultimately more political than legal. Finally, if the right is more circumspectly defined, as I propose, this expansive definition of justification is not required. I will elaborate on each of these difficulties in turn, arguing that they suggest a more limited view of justification: that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use.

I turn first to the authorities. The doctrine of justification was elaborated in *Sparrow*. Dickson C.J. and La Forest J. endorsed a two-part test. First, the Crown must establish that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" (p. 1113) purpose. Conserving the resource was cited as such a purpose. Also valid, "would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves" (p. 1113). Second, the government must show that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the Crown must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with the views of Dickson J. (as he then was) in *Jack*: absolute priority to the Crown to act in accordance with conservation; clear priority to Indian food fishing; and "limited priority" for aboriginal commercial fishing "over the competing

Ayant défini le droit en cause de telle manière que celui-ci ne comporte aucune limite intrinsèque, le Juge en chef compense en adoptant une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales: *Gladstone*, aux par. 73 à 75. En toute déférence, je refuse d'adopter cette conception de la justification, et ce pour trois raisons. Premièrement, elle est, à mon sens, contraire à la jurisprudence. Deuxièmement, elle est indéterminée et, en dernière analyse, elle est plus politique que juridique. Enfin, si le droit est délimité avec plus de circonspection, comme je le propose, cette définition élargie de la justification n'est pas nécessaire. Je vais expliciter chacune de ces difficultés, en faisant valoir qu'elles suggèrent une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

Je vais d'abord examiner la jurisprudence. La doctrine de la justification a été élaborée dans l'arrêt *Sparrow*. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest y ont approuvé un critère à deux volets. Premièrement, le ministère public doit établir que la loi ou le règlement en cause vise un objectif «impérieux et réel» (p. 1113). La conservation de la ressource a été mentionnée comme étant un objectif de cette nature. Seraient également valides des objectifs «visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes» (p. 1113). Deuxièmement, le ministère public doit démontrer que la loi ou le règlement est compatible avec l'obligation de fiduciaire qu'assume l'État envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a donné priorité à la pêche autochtone d'une manière compatible avec l'opinion formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Jack*: priorité absolue à l'État pour agir en conformité avec des objectifs de conservation; priorité manifeste à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires; et «priorité restreinte» à la pêche commerciale autochtone

demands of commercial and sport fishing” (p. 311).

«[sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive» (p. 311).

304 The Chief Justice interprets the first requirement of the *Sparrow* test for justification, a compelling and substantial purpose, as extending to any goal which can be justified for the good of the community as a whole, aboriginal and non-aboriginal. This suggests that once conservation needs are met, the inquiry is whether the government objective is justifiable, having regard to regional interests and the interests of non-aboriginal fishers. The Chief Justice writes in *Gladstone* (at para. 75):

... I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. [Emphasis added.]

Le Juge en chef estime que la première exigence du critère de justification établi dans *Sparrow*, savoir l'existence d'un objectif impérieux et réel, vise tout objectif qui peut être justifié comme étant pour le bien de l'ensemble de la collectivité, autochtone et non autochtone. Cela donne à penser que, une fois les besoins en matière de conservation assurés, l'examen vise à déterminer si l'objectif gouvernemental est justifiable, eu égard aux intérêts régionaux et à ceux des pêcheurs non autochtones. Le Juge en chef écrit ceci, dans l'arrêt *Gladstone* (au par. 75):

... je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. [Je souligne.]

305 Leaving aside the undefined limit of “proper circumstances”, the historical reliance of the participation of non-aboriginal fishers in the fishery seems quite different from the compelling and substantial objectives this Court described in *Sparrow* — conservation of the resource, prevention of harm to the population, or prevention of harm to the aboriginal people themselves. These are indeed compelling objectives, relating to the fundamental conditions of the responsible exercise of the right. As such, it may safely be said that right-thinking persons would agree that these limits may properly be applied to the exercise of even constitutionally entrenched rights. Conservation, for example, is the condition upon which the right to use the resource is itself based; without conservation, there can be no right. The prevention of harm to others is equally compelling. No one can be permitted to exercise rights in a way that will harm others. For example, in the domain of property, the common law has long provided remedies against those who

Indépendamment des contours indéfinis de la notion de «circonstances appropriées», la reconnaissance du fait que, historiquement, des pêcheurs non autochtones ont compté sur cette pêcherie et ont participé à son exploitation semble assez différent des objectifs impérieux et réels mentionnés par notre Cour dans *Sparrow* — conservation de la ressource ou prévention des activités nuisibles à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Voilà effectivement des objectifs impérieux, se rapportant aux conditions fondamentales de l'exercice responsable du droit en question. En conséquence, on peut sans crainte affirmer que toute personne sensée conviendrait que ces limites peuvent à juste titre s'appliquer même à l'exercice de droits inscrits dans la Constitution. La conservation, par exemple, est la condition sur laquelle repose le droit même d'exploiter la ressource, car sans conservation, point de droit. La prévention des activités nuisibles a également un caractère impérieux. En effet, nul ne peut être autorisé à exercer des droits d'une manière qui nuise à autrui. Ainsi, en droit des biens, la com-

1996 CanLII 216 (SCC)

pollute streams or use their land in ways that detrimentally affect others.

Viewed thus, the compelling objectives foreseen in *Sparrow* may be seen as united by a common characteristic; they constitute the essential pre-conditions of any civilized exercise of the right. It may be that future cases may endorse limitation of aboriginal rights on other bases. For the purposes of this case, however, it may be ventured that the range of permitted limitation of an established aboriginal right is confined to the exercise of the right rather than the diminution, extinguishment or transfer of the right to others. What are permitted are limitations of the sort that any property owner or right holder would reasonably expect — the sort of limitations which must be imposed in a civilized society if the resource is to be used now and in the future. They do not negate the right, but rather limit its exercise. The extension of the concept of compelling objective to matters like economic and regional fairness and the interests of non-aboriginal fishers, by contrast, would negate the very aboriginal right to fish itself, on the ground that this is required for the reconciliation of aboriginal rights and other interests and the consequent good of the community as a whole. This is not limitation required for the responsible exercise of the right, but rather limitation on the basis of the economic demands of non-aboriginals. It is limitation of a different order than the conservation, harm prevention type of limitation sanctioned in *Sparrow*.

The Chief Justice, while purporting to apply the *Sparrow* test for justification, deviates from its second requirement as well as the first, in my respectful view. Here the stipulations are that the limitation be consistent with the Crown's fiduciary duty to the aboriginal people and that it reflect the priority set out by Dickson J. in *Jack*. The duty of a

mon law reconnaît depuis longtemps des recours contre ceux qui polluent un cours d'eau ou exploitent leurs biens-fonds d'une manière nuisible à autrui.

Vus sous cet angle, les objectifs impérieux envisagés dans *Sparrow* peuvent être considérés comme possédant tous une caractéristique commune: ils constituent des préalables essentiels à tout exercice civilisé du droit en question. Il est possible que, dans des instances futures, des limites imposées à des droits ancestraux soient acceptées sur d'autres fondements. Toutefois, aux fins de la présente espèce, on peut dire que les différentes limites qui peuvent être imposées à un droit ancestral établi concernent l'exercice de ce droit et non sa dilution, son extinction ou son transfert à autrui. Sont permises les limites du genre de celles auxquelles tout propriétaire foncier ou titulaire d'un droit s'attendrait raisonnablement d'être assujéti — savoir le type de limites qui doivent être imposées dans une société civilisée pour assurer l'exploitation présente et future de la ressource. Ces limites n'ont pas pour effet de dénier le droit, mais plutôt de restreindre son exercice. En revanche, le fait d'élargir la notion d'objectif impérieux à des considérations telles que l'équité sur les plans économique et régional et les intérêts des pêcheurs non autochtones aurait pour effet de dénier le droit de pêche ancestral lui-même, pour le motif qu'une telle mesure est nécessaire pour concilier les droits ancestraux et d'autres intérêts, et ainsi assurer le bien de l'ensemble de la collectivité. Ce ne sont pas là des limites nécessaires à l'exercice responsable du droit en cause, mais plutôt de limites fondées sur les exigences économiques des non-autochtones. Il ne s'agit pas de limites du même ordre que la conservation des ressources ou la prévention des activités nuisibles, objectifs qui ont été approuvés dans *Sparrow*.

En toute déférence, même s'il se propose d'appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow*, le Juge en chef s'écarte de la seconde exigence de ce critère tout comme de la première. En l'occurrence, cette exigence veut que la limite soit conforme à l'obligation de fiduciaire que l'État assume envers les autochtones et qu'elle tienne

fiduciary, or trustee, is to protect and conserve the interest of the person whose property is entrusted to him. In the context of aboriginal rights, this requires that the Crown not only preserve the aboriginal people's interest, but also manage it well: *Guerin*. The Chief Justice's test, however, would appear to permit the constitutional aboriginal fishing right to be conveyed by regulation, law or executive act to non-native fishers who have historically fished in the area in the interests of community harmony and reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. Moreover, the Chief Justice's scheme has the potential to violate the priority scheme for fishing set out in *Jack*. On his test, once conservation is satisfied, a variety of other interests, including the historical participation of non-native fishers, may justify a variety of regulations governing distribution of the resource. The only requirement is that the distribution scheme "take into account" the aboriginal right. Such an approach, I fear, has the potential to violate not only the Crown's fiduciary duty toward native peoples, but also to render meaningless the "limited priority" to the non-commercial fishery endorsed in *Jack* and *Sparrow*.

compte de l'ordre de priorité établi par le juge Dickson dans l'arrêt *Jack*. L'obligation d'un fiduciaire ou administrateur du bien d'autrui est de protéger et de préserver les intérêts de la personne dont les biens lui sont confiés. Dans le contexte des droits ancestraux, cette obligation emporte non seulement que l'État préserve les intérêts des autochtones, mais aussi qu'il les gère bien: *Guerin*. Or le critère du Juge en chef semble permettre que le droit de pêche ancestral reconnu par la Constitution soit accordé, par règlement, loi ou acte de l'exécutif, aux pêcheurs non autochtones qui ont historiquement pêché dans la région visée, au nom de l'harmonie sociale et de la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. Qui plus est, le critère du Juge en chef est susceptible de violer l'ordre de priorité en matière de pêche établi dans *Jack*. D'après le critère du Juge en chef, une fois les besoins de conservation pris en considération, divers autres intérêts, dont la participation historique des pêcheurs non autochtones à l'exploitation de la ressource, peuvent justifier la prise de règlements régissant la répartition de la ressource. La seule exigence est que le mécanisme de répartition «tienne compte» du droit ancestral. Une telle approche, je le crains, est susceptible de violer non seulement l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, mais aussi de priver de toute signification la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale dans les arrêts *Jack* et *Sparrow*.

308 Put another way, the Chief Justice's approach might be seen as treating the guarantee of aboriginal rights under s. 35(1) as if it were a guarantee of individual rights under the *Charter*. The right and its infringement are acknowledged. However, the infringement may be justified if this is in the interest of Canadian society as a whole. In the case of individual rights under the *Charter*, this is appropriate because s. 1 of the *Charter* expressly states that these rights are subject to such "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". However, in the case of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitutional Act, 1982*, the framers of s. 35(1) deliberately chose not to subordinate the exercise of aboriginal rights to the good of

En d'autres termes, l'approche du Juge en chef pourrait être interprétée comme traitant la garantie applicable aux droits ancestraux prévue au par. 35(1) comme s'il s'agissait de la garantie des droits individuels prévue par la *Charte*. Le droit et l'atteinte à celui-ci sont reconnus. Toutefois, l'atteinte peut être justifiée si elle est dans l'intérêt de l'ensemble de la société canadienne. Dans le cas des droits individuels protégés par la *Charte*, cela est approprié étant donné que l'article premier de la *Charte* prévoit expressément que ces droits peuvent être restreints «par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Toutefois, dans le cas des droits ancestraux garantis par le par. 35(1)

society as a whole. In the absence of an express limitation on the rights guaranteed by s. 35(1), limitations on them under the doctrine of justification must logically and as a matter of constitutional construction be confined, as *Sparrow* suggests, to truly compelling circumstances, like conservation, which is the *sine qua non* of the right, and restrictions like preventing the abuse of the right to the detriment of the native community or the harm of others — in short, to limitations which are essential to its continued use and exploitation. To follow the path suggested by the Chief Justice is, with respect, to read judicially the equivalent of s. 1 into s. 35(1), contrary to the intention of the framers of the Constitution.

A second objection to the approach suggested by the Chief Justice is that it is indeterminate and ultimately may speak more to the politically expedient than to legal entitlement. The imprecision of the proposed test is apparent. "In the right circumstances", themselves undefined, governments may abridge aboriginal rights on the basis of an undetermined variety of considerations. While "account" must be taken of the native interest and the Crown's fiduciary obligation, one is left uncertain as to what degree. At the broadest reach, whatever the government of the day deems necessary in order to reconcile aboriginal and non-aboriginal interests might pass muster. In narrower incarnations, the result will depend on doctrine yet to be determined. Upon challenge in the courts, the focus will predictably be on the social justifiability of the measure rather than the rights guaranteed. Courts may properly be expected, the Chief Justice suggests, not to be overly strict in their review; as under s. 1 of the *Charter*, the courts should not negate the government decision, so long as it represents a "reasonable" resolution of conflicting interests. This, with respect, falls short of the "solid constitutional base upon which subsequent

de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas subordonner l'exercice des droits ancestraux au bien de l'ensemble de la société. En l'absence de limitation expresse des droits garantis par le par. 35(1), les limites qui leur sont imposées en vertu de la doctrine de la justification doivent, logiquement et conformément aux règles d'interprétation constitutionnelle, uniquement viser, comme l'indique l'arrêt *Sparrow*, des circonstances véritablement impérieuses telle la conservation, condition *sine qua non* de l'existence du droit en question, et des restrictions comme la prévention des exercices abusifs du droit nuisibles à la communauté autochtone ou à d'autres — en bref, les restrictions essentielles à l'utilisation et à l'exploitation continues de la ressource visée par le droit. En toute déférence, suivre la voie préconisée par le Juge en chef revient, pour les tribunaux, à considérer que s'applique au par. 35(1) l'équivalent de l'article premier, contrairement à l'intention des rédacteurs de la Constitution.

Une deuxième objection à l'approche préconisée par le Juge en chef est qu'elle est indéterminée et que, en dernière analyse, elle tient davantage de l'expédient politique que de la reconnaissance de droits. L'imprécision du critère proposé est manifeste. «Dans les circonstances appropriées» — circonstances elles-mêmes non définies —, les gouvernements pourraient restreindre des droits ancestraux pour une gamme indéterminée de considérations. Bien qu'il faille «tenir compte» des intérêts des autochtones et de l'obligation de fiduciaire de l'État, l'étendue de cette obligation n'est pas précisée. À la limite, toute mesure que le gouvernement estimerait nécessaire pour concilier les intérêts des autochtones et des non-autochtones pourrait être jugée acceptable. Dans des cas moins extrêmes, le résultat dépendra d'une doctrine qui reste à établir. En cas de contestation judiciaire, il est possible de prévoir que l'examen serait axé sur le caractère socialement justifiable de la mesure plutôt que sur les droits garantis. On peut à juste titre s'attendre, comme le suggère le Juge en chef, à ce que les tribunaux ne se montrent pas trop stricts dans leur examen. Tout comme dans les cas où ils sont appelés à appliquer l'article premier de

negotiations can take place” of which Dickson C.J. and La Forest J. wrote in *Sparrow*, at p. 1105.

la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision du gouvernement dans la mesure où elle représente une solution «raisonnable» à un conflit d'intérêts opposés. En toute déférence, cela ne constitue pas le «fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises», dont ont fait état le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1105.

310

My third observation is that the proposed departure from the principle of justification elaborated in *Sparrow* is unnecessary to provide the “reconciliation” of aboriginal and non-aboriginal interests which is said to require it. The Chief Justice correctly identifies reconciliation between aboriginal and non-aboriginal communities as a goal of fundamental importance. This desire for reconciliation, in many cases long overdue, lay behind the adoption of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As *Sparrow* recognized, one of the two fundamental purposes of s. 35(1) was the achievement of a just and lasting settlement of aboriginal claims. The Chief Justice also correctly notes that such a settlement must be founded on reconciliation of aboriginal rights with the larger non-aboriginal culture in which they must, of necessity, find their exercise. It is common ground that “. . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [the] legal perspectives” of the “two vastly dissimilar legal cultures” of European and aboriginal cultures: Walters, *supra*, at pp. 413 and 412, respectively. The question is how this reconciliation of the different legal cultures of aboriginal and non-aboriginal peoples is to be accomplished. More particularly, does the goal of reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests require that we permit the Crown to require a judicially authorized transfer of the aboriginal right to non-aboriginals without the consent of the aboriginal people, without treaty, and without compensation? I cannot think it does.

Ma troisième observation est que la dérogation proposée à la norme de justification établie dans *Sparrow* n'est pas, contrairement à ce qu'on prétend, nécessaire à la «conciliation» des intérêts des autochtones et des non-autochtones. Le Juge en chef a raison de dire que la réconciliation entre les communautés autochtones et non autochtones est un objectif d'une importance fondamentale. Ce désir de réconciliation qui, dans de nombreux cas, tarde depuis trop longtemps a inspiré l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il a été reconnu dans *Sparrow*, l'un des deux objets fondamentaux du par. 35(1) était la réalisation d'un règlement juste et durable des revendications autochtones. Le Juge en chef souligne aussi à juste titre qu'un tel règlement doit reposer sur la conciliation des droits ancestraux avec la culture non autochtone plus large dans laquelle ils doivent, par nécessité, être exercés. Il est bien établi qu' [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera [les . . .] points de vue [. . .]» de «deux cultures juridiques extrêmement dissimilaires», les cultures européenne et autochtone: Walters, *loc. cit.*, aux pp. 413 et 412 respectivement. La question est de savoir comment s'accomplira cette conciliation des cultures juridiques différentes des peuples autochtones et non autochtones. Plus particulièrement, est-ce que l'objectif de conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones exige que nous permettions à l'État de demander que le droit ancestral soit transféré à des non-autochtones, avec l'aval des tribunaux, sans le consentement des autochtones concernés, sans conclusion d'un traité et sans indemnisation? Je ne peux imaginer que ce soit le cas.

My reasons are twofold. First, as suggested earlier, if we adopt a conception of aboriginal rights founded in history and the common law rather than what is "integral" to the aboriginal culture, the need to adopt an expansive concept of justification diminishes. As the Chief Justice observes, the need to expand the *Sparrow* test stems from the lack of inherent limits on the aboriginal right to commercial fishing he finds to be established in *Gladstone*. On the historical view I take, the aboriginal right to fish for commerce is limited to supplying what the aboriginal people traditionally took from the fishery. Since these were not generally societies which valued excess or accumulated wealth, the measure will seldom, on the facts, be found to exceed the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities. This accords with the "limited priority" for aboriginal commercial fishing that this Court endorsed in *Sparrow*. Beyond this, commercial and sports fishermen may enjoy the resource as they always have, subject to conservation. As suggested in *Sparrow*, the government should establish what is required to meet what the aboriginal people traditionally by law and custom took from the river or sea, through consultation and negotiation with the aboriginal people. In normal years, one would expect this to translate to a relatively small percentage of the total commercial fishing allotment. In the event that conservation concerns virtually eliminated commercial fishing, aboriginal commercial fishing, limited as it is, could itself be further reduced or even eliminated.

On this view, the right imposes its own internal limit — equivalence with what by ancestral law and custom the aboriginal people in question took from the resource. The government may impose

Mes raisons sont de deux ordres. Premièrement, si, comme il a été suggéré précédemment, nous adoptons une conception des droits ancestraux fondée sur l'histoire et la common law plutôt que sur la notion de «partie intégrante» de la culture autochtone, le besoin de recourir à un critère élargi de justification diminue. Comme le fait observer le Juge en chef, la nécessité d'élargir le critère établi dans *Sparrow* découle du fait que le droit ancestral de pêche commerciale qu'il a jugé établi dans *Gladstone* ne comporte pas de limites intrinsèques. Or, suivant le point de vue historique que j'adopte, le droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ne vise qu'à procurer aux autochtones ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la pêcherie. Comme il ne s'agissait généralement pas de sociétés qui valorisaient l'accumulation de surplus ou de richesses, les besoins à combler dépasseront rarement, dans les faits, les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie. Cette conclusion est conforme à la «priorité restreinte» reconnue à la pêche commerciale autochtone par notre Cour dans *Sparrow*. Une fois ces priorités respectées, les pêcheurs commerciaux et sportifs peuvent jouir de la ressource comme ils l'ont toujours fait, sous réserve des exigences de conservation. Comme il a été suggéré dans *Sparrow*, l'État devrait établir, par voie de consultations et de négociations, les quantités requises pour procurer aux autochtones concernés ce qu'ils ont traditionnellement tiré de l'exploitation de la rivière, du fleuve ou de la mer conformément à leurs lois et coutumes. Au cours des années normales, on peut s'attendre à ce que cela se traduise par un pourcentage relativement peu élevé des prises totales accordées à la pêche commerciale. Dans l'hypothèse où, pour des besoins de conservation, il faudrait supprimer pratiquement toute pêche commerciale, la pêche commerciale autochtone, déjà restreinte comme elle l'est, pourrait elle-même être réduite davantage, voire supprimée.

De ce point de vue, le droit comporte sa propre limite intrinsèque, savoir l'équivalent de ce que, conformément aux lois et coutumes ancestrales, les autochtones concernés tiraient de la ressource.

additional limits under the rubric of justification to ensure that the right is exercised responsibly and in a way that preserves it for future generations. There is no need to impose further limits on it to affect reconciliation between aboriginal and non-aboriginal peoples.

L'État peut, en respectant le critère de justification, imposer des limites additionnelles visant à faire en sorte que le droit soit exercé de façon responsable et de manière à en assurer la jouissance aux générations futures. Il n'est cependant nul besoin de limiter davantage le droit pour permettre la réconciliation des autochtones et des non-autochtones.

313

The second reason why it is unnecessary to adopt the broad doctrine of justification proposed by the Chief Justice is that other means, yet unexploited, exist for resolving the different legal perspectives of aboriginal and non-aboriginal people. In my view, a just calibration of the two perspectives starts from the premise that full value must be accorded to such aboriginal rights as may be established on the facts of the particular case. Only by fully recognizing the aboriginal legal entitlement can the aboriginal legal perspective be satisfied. At this stage of the process — the stage of defining aboriginal rights — the courts have an important role to play. But that is not the end of the matter. The process must go on to consider the non-aboriginal perspective — how the aboriginal right can be legally accommodated within the framework of non-aboriginal law. Traditionally, this has been done through the treaty process, based on the concept of the aboriginal people and the Crown negotiating and concluding a just solution to their divergent interests, given the historical fact that they are irretrievably compelled to live together. At this stage, the stage of reconciliation, the courts play a less important role. It is for the aboriginal peoples and the other peoples of Canada to work out a just accommodation of the recognized aboriginal rights. This process — definition of the rights guaranteed by s. 35(1) followed by negotiated settlements — is the means envisioned in *Sparrow*, as I perceive it, for reconciling the aboriginal and non-aboriginal legal perspectives. It has not as yet been tried in the case of the Sto:lo. A century and one-half after European settlement, the Crown has yet to conclude a treaty with them. Until we have exhausted the traditional means by which aboriginal and non-aboriginal legal perspectives may be reconciled, it seems difficult to assert that it is necessary for the courts to suggest more

La seconde raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir au critère élargi de justification proposé par le Juge en chef est qu'il existe d'autres moyens, encore inexploités, de concilier les points de vue juridiques différents des autochtones et des non-autochtones. À mon avis, la recherche d'un juste équilibre entre les deux points de vue part du postulat qu'il faut accorder leur pleine valeur aux droits ancestraux dont les faits d'une espèce particulière établissent l'existence. Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté. À cette étape du processus — la définition des droits ancestraux — les tribunaux ont un rôle important à jouer. Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. À cette étape, celle de la conciliation, les tribunaux jouent un rôle moins important. En effet, il appartient aux peuples autochtones et aux autres habitants du Canada de trouver un juste compromis à l'égard des droits ancestraux reconnus. Ce processus — c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés — est, à mon sens, le moyen envisagé dans *Sparrow* pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones. Il n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le cas des Sto:lo. Un siècle et demi après l'arrivée des Européens, l'État n'a pas encore conclu de traité avec les

radical methods of reconciliation possessing the potential to erode aboriginal rights seriously.

I have argued that the broad approach to justification proposed by the Chief Justice does not conform to the authorities, is indeterminate, and is, in the final analysis unnecessary. Instead, I have proposed that justifiable limitation of aboriginal rights should be confined to regulation to ensure their exercise conserves the resource and ensures responsible use. There remains a final reason why the broader view of justification should not be accepted. It is, in my respectful opinion, unconstitutional.

The Chief Justice's proposal comes down to this. In certain circumstances, aboriginals may be required to share their fishing rights with non-aboriginals in order to effect a reconciliation of aboriginal and non-aboriginal interests. In other words, the Crown may convey a portion of an aboriginal fishing right to others, not by treaty or with the consent of the aboriginal people, but by its own unilateral act. I earlier suggested that this has the potential to violate the Crown's fiduciary duty to safeguard aboriginal rights and property. But my concern is more fundamental. How, without amending the Constitution, can the Crown cut down the aboriginal right? The exercise of the rights guaranteed by s. 35(1) is subject to reasonable limitation to ensure that they are used responsibly. But the rights themselves can be diminished only through treaty and constitutional amendment. To reallocate the benefit of the right from aboriginals to non-aboriginals, would be to diminish the substance of the right that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees to the aboriginal people. This no court can do.

Sto:lo. Tant que les moyens traditionnels de conciliation des points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones n'auront pas été épuisés, il paraît difficile d'affirmer qu'il est nécessaire que les tribunaux proposent des méthodes de conciliation plus radicales, susceptibles de miner gravement les droits ancestraux.

J'ai avancé que le critère élargi de justification proposé par le Juge en chef n'est pas conforme à la jurisprudence, qu'il est indéterminé et, en dernière analyse, qu'il est inutile. Au lieu de ce critère, j'ai suggéré que seraient justifiables les limites qui seraient imposées aux droits ancestraux uniquement pour en réglementer l'exercice afin d'assurer la conservation de la ressource et l'utilisation responsable de celle-ci. Il y a une dernière raison pour laquelle le critère élargi de justification ne devrait pas être retenu. En toute déférence, il est inconstitutionnel.

La proposition du Juge en chef peut se résumer ainsi. Dans certaines circonstances, les autochtones peuvent être requis de partager leurs droits de pêche avec des non-autochtones au nom de la conciliation des intérêts des autochtones et des non-autochtones. En d'autres termes, l'État peut accorder à d'autres une portion d'un droit ancestral de pêche, et ce non pas par traité ou avec le consentement des autochtones visés, mais de son propre chef, par décision unilatérale. J'ai dit précédemment que cette méthode était susceptible de violer l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de protéger les droits et les biens autochtones. Mais ma préoccupation est plus fondamentale. Comment, sans modifier la Constitution, l'État peut-il diminuer le droit ancestral? L'exercice des droits garantis par le par. 35(1) peut être assujéti à des limites raisonnables, visant à ce que ceux-ci soient utilisés de façon responsable. Mais les droits eux-mêmes ne peuvent être diminués que par traité ou modification constitutionnelle. Enlever les avantages du droit ancestral à des autochtones pour les attribuer à des non-autochtones aurait pour effet de diminuer la substance du droit que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux autochtones. Cela, aucun tribunal ne peut le faire.

I therefore conclude that a government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Specifically, limits that have the effect of transferring the resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified. Short of repeal of s. 35(1), such transfers can be made only with the consent of the aboriginal people. It is for the governments of this country and the aboriginal people to determine if this should be done, not the courts. In the meantime, it is the responsibility of the Crown to devise a regulatory scheme which ensures the responsible use of the resource and provides for the division of what remains after conservation needs have been met between aboriginal and non-aboriginal peoples.

J'en arrive par conséquent à la conclusion que la restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Plus précisément, des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les premiers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées. À moins d'abrogation du par. 35(1), pareils transferts ne peuvent survenir qu'avec le consentement des autochtones visés. C'est aux gouvernements de ce pays et aux autochtones qu'il revient d'en décider, non aux tribunaux. Dans l'intervalle, l'État a la responsabilité de concevoir un régime de réglementation assurant l'utilisation responsable de la ressource et pourvoyant à la répartition, entre les autochtones et les non-autochtones, de ce qui est disponible après avoir tenu compte des besoins de conservation.

The picture of aboriginal rights that emerges resembles that put forward by Dickson J. (as he then was) in *Jack* and endorsed in *Sparrow*. Reasoning from the premise that the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, required the federal government to adopt an aboriginal "policy as liberal" as that of the colonial government of British Columbia, Dickson J. opined at p. 311:

Le tableau des droits ancestraux qui se dégage de ce qui précède ressemble à celui brossé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack* et approuvé dans *Sparrow*. Partant du postulat que les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, exigeaient du gouvernement fédéral qu'il adopte une «ligne de conduite aussi libérale» que celle du gouvernement colonial de la Colombie-Britannique, le juge Dickson a exprimé l'avis suivant, à la p. 311:

... one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource — effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871 — should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen.

... il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, [sur les besoins de] la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources — totalement absentes des textes réglementaires avant 1871 — primaient sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive.

The relationship between the relative interests in a fishery with respect to which an aboriginal right has been established in the full sense, that is of

Les rapports entre les divers intérêts dans une pêcherie à l'égard de laquelle a été établie l'existence d'un droit ancestral au sens plein du terme

food, ceremony and articles to meet other needs obtained directly from the fishery or through trade and barter of fish products, may be summarized as follows:

1. The state may limit the exercise of the right of the aboriginal people, for purposes associated with the responsible use of the right, including conservation and prevention of harm to others;
2. Subject to these limitations, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony, as well as supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times;
3. Subject to (1) and (2) non-aboriginal peoples may use the resource.

In times of plentitude, all interests may be satisfied. In times of limited stocks, aboriginal food fishing will have priority, followed by additional aboriginal commercial fishing to satisfy the sustenance the fishery afforded the particular people in ancestral times. The aboriginal priority to commercial fishing is limited to satisfaction of these needs, which typically will be confined to basic amenities. In this sense, the right to fish for commerce is a "limited" priority. If there is insufficient stock to satisfy the entitlement of all aboriginal peoples after required conservation measures, allocations must be made between them. Allocations between aboriginal peoples may also be required to ensure that upstream bands are allowed their fair share of the fishery, whether for food or supplementary sustenance. All this is subject to the overriding power of the state to limit or indeed, prohibit fishing in the interests of conservation.

— savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et pour satisfaire d'autres besoins qui étaient comblés directement par l'exploitation de la pêcherie ou par la vente et l'échange du poisson et des produits du poisson — peuvent se résumer ainsi:

1. L'État peut limiter l'exercice du droit des autochtones visés à des fins liées à l'exercice responsable du droit, y compris la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui;
2. sous réserve de ces limites, les autochtones visés ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler;
3. sous réserve des par. (1) et (2), les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

En périodes d'abondance des stocks, tous les intérêts peuvent être comblés. En périodes de rareté, la pêche autochtone à des fins alimentaires aura la priorité, suivie d'un droit additionnel de pêcher commercialement à des fins de subsistance pour satisfaire les besoins que la pêcherie permettait à leurs ancêtres de combler. La priorité des autochtones en matière de pêche commerciale est restreinte à ce qui est requis pour satisfaire ces besoins, lesquels se limiteront d'ordinaire aux besoins fondamentaux. En ce sens, le droit de pêcher à des fins commerciales ne jouit que d'une priorité «restreinte». Si les stocks de poisson ne permettent pas de satisfaire les besoins des divers peuples autochtones concernés, une fois prises les mesures de conservation requises, la ressource doit alors être répartie entre ceux-ci. Il est également possible que, dans la répartition, il faille assurer aux bandes vivant en amont leur juste part de la pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou à des fins supplémentaires de subsistance. Toutes ces mesures sont subordonnées au pouvoir prépondérant de l'État de limiter, voire de prohiber la pêche pour des fins de conservation de la ressource.

320

The consequence of this system of priorities is that the Crown may limit aboriginal fishing by aboriginal people found to possess a right to fish for sustenance on two grounds: (1) on the ground that a limited amount of fish is required to satisfy the basic sustenance requirement of the band, and (2) on the ground of conservation and other limits required to ensure the responsible use of the resource (justification).

321

Against this background, I return to the question of whether the regulation preventing the Sto:lo from selling any fish is justified. In my view it is not. No compelling purpose such as that proposed in *Sparrow* has been demonstrated. The denial to the Sto:lo of their right to sell fish for basic sustenance has not been shown to be required for conservation or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. The regulation, moreover, violates the priorities set out in *Jack* and *Sparrow* and breaches the fiduciary duty of the Crown to preserve the rights of the aboriginal people to fish in accordance with their ancestral customs and laws by summarily denying an important aspect of the exercise of the right.

#### 4. Conclusion

322

I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes, and set aside the appellant's conviction. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Ce régime de priorités a pour conséquence que l'État peut limiter le droit de pêcher à des fins de subsistance reconnu à une bande autochtone pour deux motifs: (1) parce qu'une quantité limitée de poisson est nécessaire pour satisfaire les besoins fondamentaux de la bande, et (2) pour des fins de conservation de la ressource et parce que d'autres restrictions sont nécessaires pour l'utilisation responsable de celle-ci (justification).

Sur cette toile de fond, je reviens à la question de savoir si la disposition réglementaire qui interdit complètement aux Sto:lo de vendre du poisson est justifiée. À mon avis, elle ne l'est pas. Aucun objectif impérieux du genre de ceux évoqués dans *Sparrow* n'a été établi. Il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire, pour des fins de conservation de la ressource ou pour d'autres fins se rapportant à l'exploitation continue et responsable de celle-ci, de dénier au peuple Sto:lo le droit de vendre du poisson pour subvenir à ses besoins fondamentaux. Qui plus est, la disposition réglementaire viole l'ordre de priorité énoncé dans les arrêts *Jack* et *Sparrow* et elle contrevient à l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de préserver les droits des autochtones concernés de pêcher conformément à leurs lois et coutumes ancestrales, en leur déniaient sommairement un aspect important de l'exercice de ce droit.

#### 4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence en principe d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante et répondrais comme suit à la question constitutionnelle:

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

1990 CanLII 216 (SCC)

Answer: Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as invoked by the appellant.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and McLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Mandell, Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervenor the Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Solicitors for the intervenors the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervenor the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitors for the intervenors Delgamuukw et al.: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.*

*Solicitors for the intervenors Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.*

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

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et McLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante: Mandell, Pinder, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush Crane, Guenther & Adams, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.*