Ronald Edward Sparrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., the Fisheries Council of British Columbia, the United Fishermen and Allied Workers' Union, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SPARROW

File No.: 20311.

1988: November 3; 1990: May 31.

Present: Dickson C.J. and McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Fishing rights — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Ronald Edward Sparrow *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., le Fisheries Council of British Columbia, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* SPARROW

N° du greffe: 20311.

1988: 3 novembre; 1990: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits de pêche — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

1990 CanLII 104 (SCC)

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Interpretation — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.

Appellant was charged in 1984 under the *Fisheries Act* with fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of his Band's Indian food fishing licence. He admitted that the facts alleged constitute the offence, but defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence was invalid in that it was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Appellant was convicted. The trial judge found that an aboriginal right could not be claimed unless it was supported by a special treaty and that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accordingly had no application. An appeal to County Court was dismissed for similar reasons. The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Its decision was appealed and cross-appealed. The constitutional question before this Court queried whether the net length restriction contained in the Band's fishing licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Section 35(1) applies to rights in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect; it does not revive extinguished rights. An existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.

The Crown failed to discharge its burden of proving extinguishment. An aboriginal right is not extinguished merely by its being controlled in great detail by the regulations under the *Fisheries Act*. Nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations demonstrated a clear and plain intention to extinguish the Indian

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Interprétation — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

En 1984, l'appelant a été accusé, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne à laquelle il appartenait. Il a reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était invalide pour cause d'incompatibilité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appelant a été déclaré coupable. Le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité particulier, et que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Un appel devant la Cour de comté a été rejeté pour des motifs semblables. La Cour d'appel a statué que les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Son arrêt fait l'objet d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. La question constitutionnelle soumise à la Cour est de savoir si la restriction imposée dans le permis de pêche de la bande quant à la longueur des filets est incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Le paragraphe 35(1) s'applique aux droits qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il ne vient pas rétablir des droits éteints. Un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Un droit ancestral n'est pas éteint du seul fait que son exercice fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Ni la *Loi sur les pêcheries* ni ses règlements d'application détaillés ne font état d'une

1990 CanLII 104 (SCC)

aboriginal right to fish. These fishing permits were simply a manner of controlling the fisheries, not of defining underlying rights. Historical policy on the part of the Crown can neither extinguish the existing aboriginal right without clear intention nor, in itself, delineate that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can, however, regulate the exercise of that right but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place and affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. Its significance, however, extends beyond these fundamental effects. The approach to its interpretation is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself.

Section 35(1) is to be construed in a purposive way. A generous, liberal interpretation is demanded given that the provision is to affirm aboriginal rights. The provision is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Any law or regulation affecting aboriginal rights, however, will not automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will be valid if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

Section 35(1) does not explicitly authorize the courts to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. The words "recognition and affirmation", however, incorporate the government's responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Federal legislative powers continue, including the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but must be read together with s. 35(1). Federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.

intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Ces permis de pêche constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents. La politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens ni ne permet en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises et accorde aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Son importance va toutefois au-delà de ces effets fondamentaux. La méthode à adopter pour l'interpréter 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.

Il y a lieu d'interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise. Une interprétation généreuse et libérale s'impose étant donné que cette disposition vise à confirmer les droits ancestraux. La disposition n'est pas assujettie à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones ne sera pas automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) n'autorise pas explicitement les tribunaux à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. L'expression «reconnaissance et confirmation» comporte cependant la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ces pouvoirs doivent être rapprochés du par. 35(1). Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.

1990 CanLII 104 (SCC)

The test for justification requires that a legislative objective must be attained in such a way as to uphold the honour of the Crown and be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. Section 35(1) does not promise immunity from government regulation in contemporary society but it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. The inquiry begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake.

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. Is the limitation unreasonable? Does the regulation impose undue hardship? 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.

Here, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the exercise of the natives' right to fish for food. 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. 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.

Le critère de la justification exige qu'un objectif législatif soit réalisé d'une manière qui préserve l'honneur de Sa Majesté et qui soit conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent actuellement entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. Le paragraphe 35(1) ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans la société contemporaine, mais il représente un engagement important de la part de la Couronne. En effet, le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. L'analyse commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause.

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. La restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? 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 l'espèce, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les autochtones de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. 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. 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.

1990 CanLII 104 (SCC)

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This test involves two steps. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. The "public interest" justification is so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights. The justification of conservation and resource management, however, is uncontroversial.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue: the honour of the Crown in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. There must be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource.

Guidelines are necessary to resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. Any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing.

The justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. Section 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority and guarantees that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include: whether there has

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. Ce critère comporte deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. La justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si large qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée. La justification de la conservation et de la gestion des ressources ne soulève cependant aucune controverse.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification: l'honneur de Sa Majesté lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. Il doit y avoir un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource.

On a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition de ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance.

La norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'usagers. Le paragraphe 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité et garantit que les plans de conservation et de gestion réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

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

1990 CanLII 104 (SCC)

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. This list is not exhaustive.

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. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Cases Cited

Applied: *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **considered**: *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), aff'g (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.); **distinguished**: *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.); **referred to**: *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), aff'd [1973] S.C.R. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **arrêts examinés**: *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), conf. (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.); **distinction d'avec l'arrêt**: *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.); **arrêts mentionnés**: *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), conf. [1973] R.C.S. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (S.C.É.-U.); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, art. 13.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 33.
Constitution Act, 1867, ss. 91(12), (24), 109.
Constitution Act, 1930.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).
Quebec Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 45.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 33.
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, nº 10, art. 13.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), (24), 109.
Loi constitutionnelle de 1930.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1).
Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912, S.C. 1912, ch. 45.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, nº 1.

1990 CanLII 104 (SCC)

Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.
Wildlife Act, S.B.C. 1966, c. 55.

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
Wildlife Act, S.B.C. 1966, ch. 55.

Authors Cited

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *In All Fairness: A Native Claims Policy—Comprehensive Claims*. Ottawa: 1981.
Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*. Ottawa: 1969.
Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255.
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.
Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986.
Slattery, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Doctrine citée

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales*. Ottawa: 1981.
Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada*. Ottawa: 1969.
Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
Little Bear, Leroy. «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 218.
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.
Sanders, Douglas. «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada», in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montréal: Institut de recherches politiques, 1986.
Slattery, Brian. «The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada» (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, allowing an appeal from a judgment of Lamperson Co. Ct. J., [1986] B.C.W.L.D. 599, dismissing an appeal from conviction by Goulet Prov. Ct. J. Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Lamperson de la Cour de comté, [1986] B.C.W.L.D. 599, qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Goulet de la Cour provinciale. Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

1990 CanLII 104 (SCC)

Marvin R. V. Storrow, *Q.C.*, *Lewis F. Harvey* and *Joanne Lysyk*, for the appellant.

Thomas R. Braidwood, *Q.C.*, and *James E. Dorsey*, for the respondent.

Harry A. Slade, *Arthur Pape* and *Louise Mandell*, for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations.

Christopher Harvey, for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild and the Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

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

Ian Donald, *Q.C.*, for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union.

J. T. S. McCabe, *Q.C.*, and *Michel Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

René Morin and *Robert Décary*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

E. Robert A. Edwards, *Q.C.*, and *Howard R. Eddy*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Kenneth J. Tyler and *Robert G. Richards*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

S. Ronald Stevenson, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LA FOREST J.—This appeal requires this Court to explore for the first time the scope of s. 35(1) of the *Constitution Act,*

Marvin R. V. Storrow, *c.r.*, *Lewis F. Harvey* et *Joanne Lysyk*, pour l'appelant.

Thomas R. Braidwood, *c.r.*, et *James E. Dorsey*, pour l'intimée.

Harry A. Slade, *Arthur Pape* et *Louise Mandell*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations.

Christopher Harvey, pour les intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

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

Ian Donald, *c.r.*, pour l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

J. T. S. McCabe, *c.r.*, et *Michel Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin et *Robert Décary*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

E. Robert A. Edwards, *c.r.*, et *Howard R. Eddy*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kenneth J. Tyler et *Robert G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

S. Ronald Stevenson, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi nous oblige à examiner pour la première fois la portée du par. 35(1) de la *Loi*

1990 CanLII 104 (SCC)

1982, and to indicate its strength as a promise to the aboriginal peoples of Canada. Section 35(1) is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and provides as follows:

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

The context of this appeal is the alleged violation of the terms of the Musqueam food fishing licence which are dictated by the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the regulations under that Act. The issue is whether Parliament's power to regulate fishing is now limited by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and, more specifically, whether the net length restriction in the licence is inconsistent with that provision.

Facts

The appellant, a member of the Musqueam Indian Band, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* of the offence of fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of the Band's Indian food fishing licence. The fishing which gave rise to the charge took place on May 25, 1984 in Canoe Passage which is part of the area subject to the Band's licence. The licence, which had been issued for a one-year period beginning March 31, 1984, set out a number of restrictions including one that drift nets were to be limited to 25 fathoms in length. The appellant was caught with a net which was 45 fathoms in length. He has throughout admitted the facts alleged to constitute the offence, but has defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence is inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore invalid.

The Courts Below

Goulet Prov. Ct. J., who heard the case, first referred to the very similar pre-*Charter* case of *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.),

constitutionnelle de 1982 et à indiquer la force qu'il peut avoir en tant que promesse faite aux peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(1), qui se trouve à la partie II de cette loi sous la rubrique «Droits des peuples autochtones du Canada», porte:

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

Le contexte de ce pourvoi est une allégation de violation des conditions du permis de pêche de subsistance des Musqueams, lesquelles conditions sont fixées par la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, et par ses règlements d'application. La question est de savoir si le pouvoir du Parlement de réglementer la pêche est maintenant restreint par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus précisément, de savoir si la restriction imposée dans le permis quant à la longueur du filet est incompatible avec cette disposition.

Les faits

L'appelant, un membre de la bande indienne des Musqueams, a été accusé en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne. L'infraction remonte au 25 mai 1984 alors que l'appelant pêchait dans le passage Canoe qui fait partie de la zone visée par le permis de la bande. Le permis, délivré pour une période d'un an à compter du 31 mars 1984, établissait un certain nombre de restrictions dont celle qui prévoyait que les filets dérivants ne devaient pas avoir plus de 25 brasses de longueur. L'appelant a été trouvé en possession d'un filet qui avait 45 brasses de longueur. Il a toujours reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, invalide.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Goulet qui a entendu l'affaire en Cour provinciale a d'abord mentionné une affaire très semblable survenue avant l'adoption de la *Charte*,

1990 CanLII 104 (SCC)

where this Court held that the aboriginal right to fish was governed by the *Fisheries Act* and regulations. He then expressed the opinion that he was bound by *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), which held that a person could not claim an aboriginal right unless it was supported by a special treaty, proclamation, contract or other document, a position that was not disturbed because of the divided opinions of the members of this Court on the appeal which affirmed that decision ([1973] S.C.R. 313). Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* thus had no application. The alleged right here was not based on any treaty or other document but was said to have been one exercised by the Musqueam from time immemorial before European settlers came to this continent. He, therefore, convicted the appellant, finding it unnecessary to consider the evidence in support of an aboriginal right.

An appeal to Lamperson J. of the County Court of Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, was dismissed for similar reasons.

The British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, found that the courts below had erred in deciding that they were bound by the Court of Appeal decision in *Calder*, *supra*, to hold that the appellant could not rely on an aboriginal right to fish. Since the pronouncement of the Supreme Court of Canada judgment, the Court of Appeal's decision has been binding on no one. The court also distinguished *Calder* on its facts.

The court then dealt with the other issues raised by the parties. On the basis of the trial judge's conclusion that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished "from time immemorial", it stated that, with the other circumstances, this should have led to the conclusion that Mr. Sparrow was exercising an existing aboriginal right. It rejected the Crown's contention that the right was no longer existing by reason of its "extinguishment by regulation". An aboriginal right could continue, though regulated.

savoir l'arrêt *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), où notre Cour a conclu que le droit ancestral de pêcher était régi par la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application. Il a ensuite exprimé l'avis qu'il était lié par l'arrêt *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), dans lequel on avait conclu qu'une personne ne peut revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité, une proclamation, un contrat ou un autre document particulier, une position qui n'a pas été contredite en raison des opinions partagées des membres de notre Cour qui ont confirmé l'arrêt ([1973] R.C.S. 313). Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Le droit invoqué en l'espèce n'était pas fondé sur un traité ou un autre document, mais on a affirmé qu'il était exercé par les Musqueams depuis des temps immémoriaux, bien avant la venue des colons européens sur le continent. Le juge a donc déclaré l'appelant coupable et jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la preuve à l'appui de l'existence d'un droit ancestral.

Le juge Lamperson de la Cour de comté de Vancouver, [1986] B.C.W.L..D. 599, a rejeté l'appel pour des motifs semblables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, a conclu que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur en décidant qu'ils étaient liés par l'arrêt *Calder*, précité, de la Cour d'appel et que l'appelant ne pouvait invoquer un droit de pêche ancestral. Depuis le jugement de la Cour suprême du Canada, l'arrêt de la Cour d'appel ne lie plus personne. La cour a également distingué les faits de l'affaire *Calder* de ceux du présent pourvoi.

La cour a ensuite examiné les autres questions soulevées par les parties. Se fondant sur la conclusion du juge de première instance que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché «depuis des temps immémoriaux», la cour a affirmé que, compte tenu des autres circonstances, cet élément aurait dû conduire à la conclusion que M. Sparrow exerçait un droit ancestral existant. Elle a rejeté la prétention de Sa Majesté que le droit n'existait plus en raison de son [TRADUCTION] «extinction par règlement».

1990 CanLII 104 (SCC)

The court also rejected textual arguments made to the effect that s. 35 was merely of a preambular character, and concluded that the right to fish asserted by the appellant was one entitled to constitutional protection.

The issue then became whether that protection extended so far as to preclude regulation (as contrasted with extinguishment which did not arise in this case) of the exercise of that right. In its view, the general power to regulate the time, place and manner of all fishing, including fishing under an aboriginal right, remains. Parliament retained the power to regulate fisheries and to control Indian lands under ss. 91(12) and (24) of the *Constitution Act, 1867* respectively. Reasonable regulations were necessary to ensure the proper management and conservation of the resource, and the regulations under the *Fisheries Act* restrict the right of all persons including Indians. The court observed, at p. 330:

> Section 35(1) of the Constitution Act, 1982 does not purport to revoke the power of Parliament to act under Head 12 or 24. The power to regulate fisheries, including Indian access to the fisheries, continues, subject only to the new constitutional guarantee that the aboriginal rights existing on 17th April 1982 may not be taken away.

The court rejected arguments that the regulation of fishing was an inherent aspect of the aboriginal right to fish and that such regulation must be confined to necessary conservation measures. The right had always been and continued to be a regulated right. The court put it this way, at p. 331:

> The aboriginal right which the Musqueam had was, subject to conservation measures, the right to take fish for food and for the ceremonial purposes of the band. It was in the beginning a regulated, albeit self-regulated, right. It continued to be a regulated right, and on 17th April 1982, it was a regulated right. It has never been a fixed right, and it has always taken its form from the circumstances in which it has existed. If the interests of the Indians and other Canadians in the fishery are to be protected, then reasonable regulations to ensure the

Un droit ancestral peut toujours exister même s'il est réglementé. La cour a également rejeté des arguments textuels selon lesquels l'art. 35 tenait simplement d'un préambule et elle a conclu que le droit de pêche invoqué par l'appelant pouvait bénéficier d'une protection constitutionnelle.

Il fallait donc alors déterminer si cette protection allait jusqu'à interdire la réglementation (par opposition à l'extinction qui n'a pas été soulevée en l'espèce) de l'exercice de ce droit. De l'avis de la cour, le pouvoir général de réglementer les périodes, les lieux et les méthodes de pêche, y compris la pêche en vertu d'un droit ancestral, existait toujours. Le Parlement a conservé le pouvoir de réglementer les pêcheries et de contrôler les terres réservées aux Indiens en vertu des par. 91(12) et (24) respectivement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une réglementation raisonnable était nécessaire pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources et les règlements pris en application de la *Loi sur les pêcheries* restreignent le droit de tous, y compris les Indiens. La cour fait remarquer, à la p. 330:

> [TRADUCTION] Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 n'a pas pour but de révoquer le pouvoir que possède le Parlement en vertu des par. 12 ou 24. Le pouvoir de réglementer les pêcheries, y compris l'accès des Indiens aux pêcheries, existe toujours, sous réserve seulement de la nouvelle garantie constitutionnelle que les droits ancestraux existants le 17 avril 1982 ne peuvent être supprimés.

La cour a rejeté les arguments selon lesquels la réglementation de la pêche constituait un aspect inhérent du droit de pêche ancestral et que cette réglementation devait être restreinte aux mesures de conservation nécessaires. Ce droit avait toujours été réglementé et continuait de l'être. Voici comment la cour s'exprime, à la p. 331:

> [TRADUCTION] Le droit ancestral des Musqueams était, sous réserve de mesures de conservation, de prendre du poisson à des fins d'alimentation et aux fins rituelles de la bande. À l'origine, le droit était réglementé, bien que autoréglementé. Il a continué d'être réglementé et, le 17 avril 1982, c'était un droit réglementé. Ce droit n'a jamais été figé et sa forme a toujours été fonction des circonstances de son existence. S'il faut protéger les intérêts des Indiens et des autres Canadiens en matière de pêcheries, une réglementation

1990 CanLII 104 (SCC)

proper management and conservation of the resource must be continued.

The court then went on to particularize the right still further. It was a right for a purpose, not one related to a particular method. Essentially, it was a right to fish for food and associated traditional band activities:

The aboriginal right is not to take fish by any particular method or by a net of any particular length. It is to take fish for food purposes. The breadth of the right should be interpreted liberally in favour of the Indians. So "food purposes" should not be confined to subsistence. In particular, this is so because the Musqueam tradition and culture involves a consumption of salmon on ceremonial occasions and a broader use of fish than mere day-to-day domestic consumption.

That right, the court added, has not changed its nature since the enactment of the *Constitution Act, 1982*. What has changed is that the Indian food fishery right is now entitled to priority over the interests of other user groups and that that right, by reason of s. 35(1), cannot be extinguished.

The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Observing that the conviction was based on an erroneous view of the law and could not stand, the court further remarked upon the existence of unresolved conflicts in the evidence, including the question whether a change in the fishing conditions was necessary to reduce the catch to a level sufficient to satisfy reasonable food requirements, as well as for conservation purposes.

The Appeal

Leave to appeal to this Court was then sought and granted. On November 24, 1987, the following constitutional question was stated:

Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C.

raisonnable s'impose toujours pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources.

La cour a poursuivi en précisant ce droit encore davantage. C'était un droit lié à un objet et non à une méthode particulière. Essentiellement, il s'agissait d'un droit de pêche lié à la subsistance et aux activités connexes traditionnelles de la bande:

[TRADUCTION] Le droit ancestral n'est pas de prendre du poisson d'une manière particulière ou au moyen d'un filet d'une longueur particulière. C'est le droit de prendre du poisson à des fins d'alimentation. L'étendue de ce droit devrait être interprétée libéralement en faveur des Indiens. Ainsi, l'expression «à des fins de subsistance» ne devrait pas être restreinte à la survie. Il en est ainsi plus particulièrement parce que, selon la tradition et la culture des Musqueams, on consomme du saumon à l'occasion de cérémonies rituelles et le poisson ne sert pas seulement à la consommation familiale quotidienne.

La cour a ajouté que la nature de ce droit n'avait pas changé depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce qui a changé, c'est que le droit de pêche des Indiens à des fins d'alimentation peut maintenant bénéficier d'une priorité sur les intérêts d'autres groupes qui font usage du poisson et que ce droit, en raison du par. 35(1), ne peut être éteint.

Selon la Cour d'appel, les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Soulignant que la déclaration de culpabilité était fondée sur une conception erronée du droit applicable et ne pouvait être maintenue, la cour a fait d'autres remarques sur l'existence de contradictions non résolues dans la preuve, y compris sur la question de savoir si les conditions de pêche devaient être modifiées pour réduire les prises à un niveau suffisant pour répondre aux demandes raisonnables de nourriture ainsi qu'à des fins de conservation.

Le pourvoi

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a ensuite été demandée et accordée. Le 24 novembre 1987, on a formulé la question constitutionnelle suivante:

La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britan-*

1990 CanLII 104 (SCC)

1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

nique et à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

The appellant appealed on the ground that the Court of Appeal erred (1) in holding that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects the aboriginal right only when exercised for food purposes and permits restrictive regulation of such rights whenever "reasonably justified as being necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest", and (2) in failing to find the net length restriction in the Band's food fish licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

L'appelant se pourvoit devant nous pour le motif que, selon lui, la Cour d'appel a commis une erreur (1) en décidant que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège les droits ancestraux que lorsque ceux-ci sont exercés à des fins d'alimentation et permet une réglementation restrictive de ces droits lorsque [TRADUCTION] «cela est raisonnablement justifié comme nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l'intérêt public», et (2) en refusant de conclure que la limite de la longueur des filets imposée dans le permis de pêche de subsistance de la bande était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The respondent Crown cross-appealed on the ground that the Court of Appeal erred in holding that the aboriginal right had not been extinguished before April 17, 1982, the date of commencement of the *Constitution Act, 1982*, and in particular in holding that, as a matter of fact and law, the appellant possessed the aboriginal right to fish for food. In the alternative, the respondent alleged, the Court of Appeal erred in its conclusions respecting the scope of the aboriginal right to fish for food and the extent to which it may be regulated, more particularly in holding that the aboriginal right included the right to take fish for the ceremonial purposes and societal needs of the Band and that the Band enjoyed a constitutionally protected priority over the rights of other people engaged in fishing. Section 35(1), the respondent maintained, did not invalidate legislation passed for the purpose of conservation and resource management, public health and safety and other overriding public interests such as the reasonable needs of other user groups. Finally, it maintained that the conviction ought not to have been set aside or a new trial directed because the appellant failed to establish a *prima facie* case that the reduction in the length of the net had unreasonably interfered with his right by preventing him from meeting his food fish requirements. According to the respondent, the Court of Appeal had erred in shifting the

Sa Majesté intimée a formé un pourvoi incident pour le motif que la Cour d'appel aurait commis une erreur en décidant que le droit ancestral n'avait pas été éteint avant le 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et, en particulier, en décidant, en fait et en droit, que l'appelant détenait le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Subsidiairement, l'intimée a allégué que la Cour d'appel a commis une erreur dans ses conclusions concernant la portée du droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance et la mesure dans laquelle ce droit peut être réglementé, plus particulièrement, en décidant que le droit ancestral comprenait le droit de pêcher à des fins rituelles et sociales de la bande et que la bande bénéficiait d'une priorité, garantie par la Constitution, sur les droits d'autres gens qui s'adonnent à la pêche. Selon l'intimée, le par. 35(1) n'invalidait pas les mesures législatives adoptées à des fins de conservation et de gestion des ressources, de santé et de sécurité publiques et d'autres intérêts publics primordiaux comme les besoins raisonnables des autres groupes qui font usage du poisson. Enfin, elle a soutenu qu'on n'aurait pas dû annuler la déclaration de culpabilité ni ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que l'appelant n'a pas prouvé, de façon suffisante à première vue, que la réduction de la longueur des filets avait porté atteinte de façon déraisonnable à

1990 CanLII 104 (SCC)

burden of proof to the Crown on the issue before the appellant had established a *prima facie* case.

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations intervened in support of the appellant. The Attorneys General of British Columbia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland supported the respondent, as did the B.C. Wildlife Federation and others, the Fisheries Council of British Columbia and the United Fishermen and Allied Workers' Union.

The Regulatory Scheme

The *Fisheries Act*, s. 34, confers on the Governor in Council broad powers to make regulations respecting the fisheries, the most relevant for our purposes being those set forth in the following paragraphs of that section:

34. . . .

(*a*) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(*b*) respecting the conservation and protection of fish;

(*c*) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

. . .

(*e*) respecting the use of fishing gear and equipment;

(*f*) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(*g*) respecting the terms and conditions under which a lease or licence may be issued;

Contravention of the Act and the regulations is made an offence under s. 61(1) under which the appellant was charged.

Acting under its regulation-making powers, the Governor in Council enacted the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. Under these Regulations (s. 4), everyone is, *inter alia*, prohibited from fishing without a licence, and

son droit en l'empêchant de répondre à ses besoins en matière de pêche pour fins d'alimentation. Selon l'intimée, la Cour d'appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve de manière à l'imposer à Sa Majesté avant que l'appelant n'ait présenté une preuve suffisante à première vue.

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations est intervenue à l'appui de l'appelant. Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ont appuyé l'intimée tout comme l'ont fait la B.C. Wildlife Federation et autres, le Fisheries Council of British Columbia et le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

Le système de réglementation

L'article 34 de la *Loi sur les pêcheries* confère au gouverneur en conseil de larges pouvoirs de réglementation en matière de pêcheries, dont les plus pertinents en l'espèce sont ceux reproduits aux alinéas suivants de cet article:

34. . . .

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches côtières et des pêches de l'intérieur;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

. . .

e) concernant l'utilisation des appareils et accessoires de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et l'annulation des permis et baux;

g) concernant les modalités et conditions auxquelles un permis ou un bail doit être délivré;

Le fait de contrevenir à la Loi et à ses règlements d'application constitue une infraction aux termes du par. 61(1) et c'est en vertu de ce paragraphe que l'appelant a été accusé.

Dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. En vertu de ce règlement (art. 4), il est notamment interdit de pêcher sans

1990 CanLII 104 (SCC)

then only in areas and at the times and in the manner authorized by the Act or regulations. That provision also prohibits buying, selling, trading or bartering fish other than those lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 4 reads:

4. (1) Unless otherwise provided in the Act or in any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply or in the *Wildlife Act* (British Columbia), no person shall fish except under the authority of a licence or permit issued thereunder.

(2) No person shall fish for any species of fish in the Province or in Canadian fisheries waters of the Pacific Ocean except in areas and at times authorized by the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(3) No person who is the owner of a vessel shall operate that vessel or permit it to be operated in contravention of these Regulations.

(4) No person shall, without lawful excuse, have in his possession any fish caught or obtained contrary to the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

The Regulations make provision for issuing licences to Indians or a band "for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family and for the band", and no one other than an Indian is permitted to be in possession of fish caught pursuant to such a licence. Subsections 27(1) and (4) of the Regulations read:

27. (1) In this section "Indian food fish licence" means a licence issued by the Minister to an Indian or a band for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family or for the band.

. . .

(4) No person other than an Indian shall have in his possession fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

permis, et encore, seulement dans les secteurs, aux heures et de la façon prévus par la Loi ou ses règlements d'application. Cette disposition interdit également d'acheter, de vendre et d'échanger du poisson autre que celui pris légalement en vertu d'un permis de pêche commerciale. L'article 4 prévoit:

4. (1) Sauf disposition contraire de la Loi, de ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement, ou de la loi dite *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, il est interdit à quiconque de pêcher sans détenir un permis, délivré en vertu de l'un des règlements ou lois précités.

(2) Il est interdit, dans les eaux de la province ou les eaux des pêcheries canadiennes de l'océan Pacifique, de pêcher une espèce de poisson en dehors des heures et des secteurs autorisés par la Loi ou ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(3) Il est interdit au propriétaire d'un bateau d'exploiter ou de permettre à quiconque d'exploiter le bateau en contravention du présent règlement.

(4) Il est interdit à quiconque d'avoir en sa possession, sans excuse légitime, du poisson qui a été pris ou obtenu d'une manière non conforme à la Loi ou à ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

Le Règlement prévoit que des permis peuvent être délivrés à un Indien ou à une bande «aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande», et que seul un Indien peut avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un tel permis. Les paragraphes 27(1) et (4) du Règlement prévoient:

27. (1) Aux fins du présent article, «permis de pêche de subsistance des Indiens» désigne un permis délivré par le Ministre à un Indien ou à une bande aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande.

. . .

(4) Il est interdit à quiconque sauf un Indien d'avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

1990 CanLII 104 (SCC)

As in the case of other licences issued under the Act, such licences may, by s. 12 of the Regulations, be subjected to restrictions regarding the species and quantity of fish that may be taken, the places and times when they may be taken, the manner in which they are to be marked and, most important here, the type of gear and equipment that may be used. Section 12 reads as follows:

12. (1) Subject to these Regulations and any regulations made under the Act in respect of the fisheries to which these Regulations apply and for the proper management and control of such fisheries, there may be specified in a licence issued under these Regulations

(*a*) the species of fish and quantity thereof that is permitted to be taken;

(*b*) the period during which and the waters in which fishing is permitted to be carried out;

(*c*) the type and quantity of fishing gear and equipment that is permitted to be used and the manner in which it is to be used;

(*d*) the manner in which fish caught and retained for educational or scientific purposes is to be held or displayed;

(*e*) the manner in which fish caught and retained is to be marked and transported; and

(*f*) the manner in which scientific or catch data is to be reported.

(2) No person fishing under the authority of a licence referred to in subsection (1) shall contravene or fail to comply with the terms of the licence.

Pursuant to these powers, the Musqueam Indian Band, on March 31, 1984, was issued an Indian food fishing licence as it had since 1978 "to fish for salmon for food for themselves and their family" in areas which included the place where the offence charged occurred, the waters of Ladner Reach and Canoe Passage therein described. The licence contained time restrictions as well as the type of gear to be used, notably "One Drift net twenty-five (25) fathoms in length".

The appellant was found fishing in the waters described using a drift net in excess of 25 fathoms.

Comme dans le cas des autres permis délivrés en vertu de la Loi, l'art. 12 du Règlement prévoit que ces permis peuvent faire l'objet de restrictions concernant les espèces et les quantités de poisson qui peuvent être prises, les lieux où le poisson peut être pris et les périodes pendant lesquelles il peut l'être, la façon dont le poisson doit être marqué et, qui plus est en l'espèce, le type d'engins et d'équipement qui peuvent être utilisés. L'article 12 se lit ainsi:

12. (1) Sous réserve du présent règlement et des autres règlements établis en vertu de la Loi relativement aux pêches visées par le présent règlement, un permis délivré en vertu du présent règlement peut indiquer, aux fins de la gestion et de la surveillance judicieuses de ces pêches,

a) quelles espèces et quelles quantités de poisson peuvent être prises;

b) dans quelles eaux et pendant quelle période la pêche peut être pratiquée;

c) quel type et quelle quantité d'engins et d'équipement de pêche peuvent être utilisés et de quelle façon ils doivent l'être;

d) de quelle façon le poisson pris et gardé à des fins éducatives ou scientifiques doit être gardé en captivité ou exposé;

e) de quelle façon le poisson pris et gardé doit être marqué et transporté; et

f) de quelle façon les données à caractère scientifique ou concernant les prises doivent être soumises.

(2) Il est interdit à quiconque pêche en vertu d'un permis visé au paragraphe (1) de déroger aux conditions de ce permis.

Conformément à ces pouvoirs, le 31 mars 1984, on a délivré à la bande indienne des Musqueams un permis de pêche de subsistance comme on le faisait depuis 1978 [TRADUCTION] «pour pêcher le saumon aux fins de leur alimentation et de celle de leurs familles» dans des secteurs dont celui où l'infraction reprochée a été commise, les eaux de Ladner Reach et du passage Canoe décrites dans le permis. Le permis comportait des restrictions quant à la période de pêche et quant au type d'engins à utiliser, notamment [TRADUCTION] «Un filet dérivant de vingt-cinq (25) brasses de longueur».

L'appelant a été surpris en train de pêcher dans les eaux décrites précédemment au moyen d'un

1990 CanLII 104 (SCC)

He did not contest this, arguing instead that he had committed no offence because he was acting in the exercise of an existing aboriginal right which was recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982.*

Analysis

We will address first the meaning of "existing" aboriginal rights and the content and scope of the Musqueam right to fish. We will then turn to the meaning of "recognized and affirmed", and the impact of s. 35(1) on the regulatory power of Parliament.

"Existing"

The word "existing" makes it clear that the rights to which s. 35(1) applies are those that were in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect. This means that extinguished rights are not revived by the *Constitution Act, 1982.* A number of courts have taken the position that "existing" means "being in actuality in 1982": *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.), at p. 446, aff'd (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.) See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

Further, an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The notion of freezing existing rights would incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations. Blair J.A. in *Agawa, supra,* had this to say about the matter, at p. 214:

> Some academic commentators have raised a further problem which cannot be ignored. The **Ontario Fishery Regulations** contained detailed rules which vary for different regions in the province. Among other things, the **Regulations** specify seasons and methods of fishing, species of fish which can be caught and catch limits. Similar detailed provisions apply under the comparable

filet dérivant de plus de 25 brasses. Il ne conteste pas ce fait, mais soutient plutôt qu'il n'a commis aucune infraction parce qu'il exerçait alors un droit ancestral existant qui a été reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982.*

Analyse

Nous aborderons en premier lieu le sens de l'expression droits ancestraux «existants» ainsi que le contenu et la portée du droit de pêche des Musqueams. Nous examinerons ensuite le sens des mots «reconnus et confirmés» et l'effet du par. 35(1) sur le pouvoir réglementaire du Parlement.

«Existants»

Il ressort clairement du mot «existants» que les droits auxquels s'applique le par. 35(1) sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982.* D'où il s'ensuit que cette loi ne vient pas rétablir des droits éteints. Un certain nombre de tribunaux ont adopté le point de vue que le terme «existants» signifie «qui étaient exercés en 1982»: *R. v. Eninew* (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.), à la p. 446, conf. (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.) Voir également les arrêts *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201.

De plus, un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'idée que le droit a été figé de cette façon aurait pour effet d'introduire dans la Constitution un ensemble de règlements disparates. Voici ce que le juge Blair de la Cour d'appel affirme à ce sujet dans l'arrêt *Agawa*, précité, à la p. 214:

> [TRADUCTION] Certains auteurs ont soulevé un autre problème qui ne peut être ignoré. Le **Règlement de pêche de l'Ontario** comporte des règles détaillées qui varient d'une région à l'autre dans la province. Le **règlement** précise notamment les saisons et les méthodes de pêche, les espèces de poisson qui peuvent être prises et le nombre de prises. Des dispositions détaillées du

1990 CanLII 104 (SCC)

fisheries **Regulations** in force in other provinces. These detailed provisions might be constitutionalized if it were decided that the existing treaty rights referred to in s. 35(1) were those remaining after regulation at the time of the proclamation of the **Constitution Act, 1982**.

As noted by Blair J.A., academic commentary lends support to the conclusion that "existing" means "unextinguished" rather than exercisable at a certain time in history. Professor Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 781-82, has observed the following about reading regulations into the rights:

> This approach reads into the Constitution the myriad of regulations affecting the exercise of aboriginal rights, regulations that differed considerably from place to place across the country. It does not permit differentiation between regulations of long-term significance and those enacted to deal with temporary conditions, or between reasonable and unreasonable restrictions. Moreover, it might require that a constitutional amendment be enacted to implement regulations more stringent than those in existence on 17 April 1982. This solution seems unsatisfactory.

See also Professor McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, at p. 258 (*q.v.*); 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.

The arbitrariness of such an approach can be seen if one considers the recent history of the federal regulation in the context of the present case and the fishing industry. If the *Constitution Act, 1982* had been enacted a few years earlier, any right held by the Musqueam Band, on this approach, would have been constitutionally subjected to the restrictive regime of personal licences that had existed since 1917. Under that regime, the Musqueam catch had by 1969 become minor or non-existent. In 1978 a system of band licences was introduced on an experimental basis which permitted the Musqueam to fish with a 75 fathom

même genre s'appliquent en vertu de **règlements** de pêche comparables en vigueur dans d'autres provinces. Ces dispositions détaillées pourraient être constitutionnalisées si l'on décidait que les droits existants issus de traités et mentionnés au par. 35(1) étaient ceux qui subsistaient après avoir été réglementés à l'époque de l'entrée en vigueur de la **Loi constitutionnelle de 1982**.

Comme le souligne le juge Blair, la doctrine tend à étayer la conclusion que le mot «existants» signifie «non éteints» plutôt que «pouvant être exercés à une certaine époque passée». Le professeur Slattery, dans son article intitulé «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 781 et 782, fait observer ceci au sujet de l'utilisation de textes réglementaires pour déterminer le sens des droits:

> [TRADUCTION] Cette interprétation introduit dans la Constitution une foule de règlements qui portent atteinte à l'exercice des droits des autochtones et qui diffèrent considérablement d'un endroit à l'autre au pays. Elle ne permet aucune distinction entre les règlements applicables à long terme et ceux qui sont adoptés pour faire face à des conditions temporaires, ou entre des restrictions raisonnables et déraisonnables. En outre, elle pourrait exiger l'adoption d'une modification constitutionnelle pour mettre en œuvre des règlements plus sévères que ceux qui existaient le 17 avril 1982. Cette solution ne semble pas satisfaisante.

Voir également l'article du professeur McNeil, intitulé «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255, à la p. 258 (*q.v.*); 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.

On perçoit le caractère arbitraire d'une telle interprétation lorsque l'on examine l'histoire récente de la réglementation fédérale dans le contexte de la présente affaire et de l'industrie de la pêche. Si la *Loi constitutionnelle de 1982* avait été adoptée quelques années plus tôt, tout droit détenu par la bande des Musqueams aurait, selon cette interprétation, été soumis constitutionnellement au régime sévère des permis personnels qui existait depuis 1917. Sous ce régime, en 1969, les prises des Musqueams étaient devenues négligeables ou non existantes. En 1978, un système mis sur pied sur une base expérimentale et selon lequel un

1990 CanLII 104 (SCC)

net for a greater number of days than other people. Under this regime, from 1977 to 1984, the number of Band members who fished for food increased from 19 persons using 15 boats, to 64 persons using 38 boats, while 10 other members of the Band fished under commercial licences. Before this regime, the Band's food fish requirement had basically been provided by Band members who were licensed for commercial fishing. Since the regime introduced in 1978 was in force in 1982, then, under this approach, the scope and content of an aboriginal right to fish would be determined by the details of the Band's 1978 licence.

The unsuitability of the approach can also be seen from another perspective. Ninety-one other tribes of Indians, comprising over 20,000 people (compared with 540 Musqueam on the reserve and 100 others off the reserve) obtain their food fish from the Fraser River. Some or all of these bands may have an aboriginal right to fish there. A constitutional patchwork quilt would be created if the constitutional right of these bands were to be determined by the specific regime available to each of those bands in 1982.

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.

permis était délivré à la bande permettait aux Musqueams de pêcher au moyen d'un filet de 75 brasses pendant une période plus longue que celle applicable aux autres personnes. Sous ce régime, de 1977 à 1984, le nombre de membres de la bande qui ont pêché à des fins de subsistance est passé de 19 personnes utilisant 15 bateaux à 64 personnes utilisant 38 bateaux alors que 10 autres membres de la bande pêchaient en vertu de permis de pêche commerciale. Avant ce régime, c'était essentiellement les membres de la bande qui détenaient un permis de pêche commerciale qui approvisionnaient celle-ci en poisson à des fins de subsistance. Puisque le régime mis en place en 1978 était en vigueur en 1982, alors, en vertu de cette interprétation, la portée et le contenu d'un droit ancestral de pêcher seraient déterminés par les modalités du permis de 1978 de la bande.

Il est également possible de percevoir le caractère inadéquat de cette interprétation sous un autre angle. Quatre-vingt-onze autres tribus d'Indiens comprenant plus de 20 000 personnes (par opposition aux 540 Musqueams qui habitent la réserve et aux 100 autres à l'extérieur de la réserve) s'approvisionnent en poisson pour des fins d'alimentation dans le fleuve Fraser. Peut-être que certaines ou même que toutes ces bandes ont un droit ancestral de pêcher à cet endroit. Un mélimélo constitutionnel résulterait si le droit constitutionnel de ces bandes devait être établi en fonction du régime spécifique applicable à chacune d'elles en 1982.

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 leurs 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».

1990 CanLII 104 (SCC)

The Aboriginal Right

We turn now to the aboriginal right at stake in this appeal. The Musqueam Indian Reserve is located on the north shore of the Fraser River close to the mouth of that river and within the limits of the City of Vancouver. There has been a Musqueam village there for hundreds of years. This appeal does not directly concern the reserve or the adjacent waters, but arises out of the Band's right to fish in another area of the Fraser River estuary known as Canoe Passage in the South Arm of the river, some 16 kilometres (about 10 miles) from the reserve. The reserve and those waters are separated by the Vancouver International Airport and the Municipality of Richmond.

The evidence reveals that the Musqueam have lived in the area as an organized society long before the coming of European settlers, and that the taking of salmon was an integral part of their lives and remains so to this day. Much of the evidence of an aboriginal right to fish was given by Dr. Suttles, an anthropologist, supported by that of Mr. Grant, the Band administrator. The Court of Appeal thus summarized Dr. Suttles' evidence, at pp. 307-308:

> Dr. Suttles was qualified as having particular qualifications in respect of the ethnography of the Coast Salish Indian people of which the Musqueams were one of several tribes. He thought that the Musqueam had lived in their historic territory, which includes the Fraser River estuary, for at least 1,500 years. That historic territory extended from the north shore of Burrard Inlet to the south shore of the main channel of the Fraser River, including the waters of the three channels by which that river reaches the ocean. As part of the Salish people, the Musqueam were part of a regional social network covering a much larger area but, as a tribe, were themselves an organized social group with their own name, territory and resources. Between the tribes there was a flow of people, wealth and food. No tribe was wholly self-sufficient or occupied its territory to the complete exclusion of others.

Dr. Suttles described the special position occupied by the salmon fishery in that society. The salmon was not only an important source of food but played an important part in the system of beliefs of the Salish people,

Le droit ancestral

Nous passons maintenant au droit ancestral présentement en cause. La réserve indienne des Musqueams est située sur la rive nord du fleuve Fraser, près de son embouchure et dans les limites de la ville de Vancouver. Un village de Musqueams y est établi depuis des centaines d'années. Le présent pourvoi ne concerne pas directement la réserve ou les eaux adjacentes, mais découle du droit de la bande de pêcher dans un autre secteur de l'estuaire du fleuve Fraser, appelé passage Canoe, situé dans le bras sud du fleuve, à quelque 16 kilomètres (environs 10 milles) de la réserve. L'aéroport international de Vancouver et la municipalité de Richmond séparent la réserve de ces eaux.

La preuve révèle que les Musqueams vivaient dans la région comme société organisée bien avant la venue des colons européens et que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et le demeure encore aujourd'hui. La preuve de l'existence d'un droit de pêche ancestral provient en grande partie de M. Suttles, un anthropologue, dont le témoignage est confirmé par celui de M. Grant, l'administrateur de la bande. Voici comment la Cour d'appel résume le témoignage de M. Suttles, aux pp. 307 et 308:

> [TRADUCTION] Monsieur Suttles est reconnu comme ayant des compétences particulières en ce qui concerne l'ethnographie du peuple indien Salish de la côte, composé de plusieurs tribus dont celles des Musqueams. Selon lui, les Musqueams vivent dans leur territoire ancestral, qui comprend l'estuaire du fleuve Fraser, depuis au moins 1 500 ans. Ce territoire ancestral s'étendait de la rive nord du passage Burrard à la rive sud du bras principal du fleuve Fraser et comprenait les eaux des trois bras par lesquels ce fleuve se jette dans l'océan. Parce que les Musqueams faisaient partie du peuple Salish, ils faisaient partie d'un réseau social régional qui s'étendait sur une bien plus grande région mais, comme tribu, ils formaient eux-mêmes un groupe social organisé ayant un nom, un territoire et des ressources en propre. Entre les tribus, il y avait circulation de personnes, de biens et de nourriture. Aucune tribu n'était tout à fait autosuffisante ni n'occupait son territoire à l'exclusion totale des autres.

Monsieur Suttles a décrit la place privilégiée de la pêche au saumon dans cette société. Le saumon était non seulement une source d'alimentation importante, mais encore il jouait un rôle important dans les croyan-

1990 CanLII 104 (SCC)

and in their ceremonies. The salmon were held to be a race of beings that had, in "myth times", established a bond with human beings requiring the salmon to come each year to give their bodies to the humans who, in turn, treated them with respect shown by performance of the proper ritual. Toward the salmon, as toward other creatures, there was an attitude of caution and respect which resulted in effective conservation of the various species.

While the trial for a violation of a penal prohibition may not be the most appropriate setting in which to determine the existence of an aboriginal right, and the evidence was not extensive, the correctness of the finding of fact of the trial judge "that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished from time immemorial in that part of the mouth of the Fraser River for salmon" is supported by the evidence and was not contested. The existence of the right, the Court of Appeal tells us, was "not the subject of serious dispute". It is not surprising, then, that, taken with other circumstances, that court should find, at p. 320, that "the judgment appealed from was wrong in ... failing to hold that Sparrow at the relevant time was exercising an existing aboriginal right".

In this Court, however, the respondent contested the Court of Appeal's finding, contending that the evidence was insufficient to discharge the appellant's burden of proof upon the issue. 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.

What the Crown really insisted on, both in this Court and the courts below, was that the Musqueam Band's aboriginal right to fish had been extinguished by regulations under the *Fisheries Act*.

The history of the regulation of fisheries in British Columbia is set out in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, especially at pp. 308 *et seq.*, and we need only summarize it here. Before the

ces du peuple Salish et leurs cérémonies. On considérait le saumon comme une espèce vivante qui, à une «époque mythique», avait établi des liens avec l'espèce humaine; le saumon devait donc venir chaque année et offrir sa chair aux hommes qui, à leur tour, le traitaient avec respect dans l'accomplissement du rite approprié. À l'égard du saumon, comme à l'égard d'autres créatures, il y avait une attitude de prudence et de respect qui a permis de conserver efficacement les diverses espèces.

Bien que le procès concernant la violation d'une interdiction pénale ne constitue pas le cadre idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral et bien que la preuve ne soit pas considérable, l'exactitude de la conclusion de fait du juge de première instance portant [TRADUCTION] «que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché depuis des temps immémoriaux dans cette partie de l'embouchure du fleuve Fraser» est confirmée par la preuve et n'est pas contestée. Selon la Cour d'appel, l'existence de ce droit [TRADUCTION] «n'a pas vraiment été contestée». Il n'est donc pas surprenant que, compte tenu d'autres circonstances, la cour ait conclu, à la p. 320, que [TRADUCTION] «la décision qui fait l'objet de l'appel était erronée parce qu'on [...] n'a pas conclu que Sparrow exerçait à l'époque en question un droit ancestral existant».

Devant cette Cour cependant, l'intimée a contesté la conclusion de la Cour d'appel, prétendant que la preuve était insuffisante pour libérer l'appelant de son fardeau de preuve en la matière. 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.

Ce sur quoi Sa Majesté a vraiment insisté, devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure, c'est que le droit de pêche ancestral des Musqueams a été éteint par les règlements pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

L'historique de la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique est établi dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, particulièrement aux pp. 308 et suiv., et il nous suffit de le

1990 CanLII 104 (SCC)

province's entry into Confederation in 1871, the fisheries were not regulated in any significant way, whether in respect of Indians or other people. The Indians were not only permitted but encouraged to continue fishing for their own food requirements. Commercial and sport fishing were not then of any great importance. The federal *Fisheries Act* was only proclaimed in force in the province in 1876 and the first *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* were adopted in 1878 and were minimal.

The 1878 regulations were the first to mention Indians. They simply provided that the Indians were at all times at liberty, by any means other than drift nets or spearing, to fish for food for themselves, but not for sale or barter. The Indian right or liberty to fish was thereby restricted, and more stringent restrictions were added over the years. As noted in *Jack v. The Queen*, *supra*, at p. 310:

> The federal Regulations became increasingly strict in regard to the Indian fishery over time, as first the commercial fishery developed and then sport fishing became common. What we can see is an increasing subjection of the Indian fishery to regulatory control. First, the regulation of the use of drift nets, then the restriction of fishing to food purposes, then the requirement of permission from the Inspector and, ultimately, in 1917, the power to regulate even food fishing by means of conditions attached to the permit.

The 1917 regulations were intended to make still stronger the provisions against commercial fishing in the exercise of the Indian right to fish for food; see P.C. 2539 of Sept. 11, 1917. The Indian food fishing provisions remained essentially the same from 1917 to 1977. The regulations of 1977 retained the general principles of the previous sixty years. An Indian could fish for food under a "special licence" specifying method, locale and times of fishing. Following an experimental program to be discussed later, the 1981 regulations provided for the entirely new concept of a Band food fishing licence, while retaining comprehensive

résumer en l'espèce. Avant l'entrée de la province dans la Confédération en 1871, il n'existait aucune réglementation appréciable de la pêche pour les Indiens ou pour les autres personnes. Les Indiens étaient non seulement autorisés, mais encouragés à pêcher pour se nourrir. La pêche commerciale et la pêche sportive n'avaient pas encore acquis une grande importance. Ce n'est qu'en 1876 que la loi fédérale, la *Loi sur les pêcheries*, est entrée en vigueur en Colombie-Britannique, et le premier règlement dit *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* a été adopté en 1878 et sa portée était très limitée.

C'est en 1878 que les Indiens ont été mentionnés pour la première fois dans le Règlement. Celui-ci prévoyait simplement que les Indiens avaient en tout temps le droit de pêcher pour leur alimentation, mais non pour fins de vente, de troc ou de trafic, par tout moyen sauf le filet dérivant ou le harpon. Le droit ou la liberté des Indiens de pêcher était donc restreint, et des restrictions plus sévères ont été apportées au fil des ans. Tel que souligné dans l'arrêt *Jack c. La Reine*, précité, à la p. 310:

> Face à la popularité de la pêche commerciale puis de la pêche sportive, la réglementation fédérale est, avec le temps, devenue de plus en plus sévère à l'égard des Indiens. On a assisté à l'assujettissement croissant de la pêche par les Indiens au contrôle réglementaire. Cela a commencé par la réglementation de l'usage de filets dérivants qui a été suivie d'une restriction du droit de pêche à des fins d'alimentation, puis de l'obligation d'obtenir un permis de l'inspecteur et enfin, en 1917, du pouvoir de réglementer même la pêche à des fins d'alimentation au moyen de conditions spécifiées dans le permis.

Le règlement de 1917 avait pour but de rendre encore plus sévères les dispositions interdisant la pêche commerciale dans l'exercice du droit des Indiens de pêcher à des fins alimentaires; voir C.P. 2539 du 11 septembre 1917. Les dispositions relatives à la pêche de subsistance des Indiens sont demeurées essentiellement les mêmes de 1917 à 1977. Le règlement de 1977 reprenait les principes généraux des soixante dernières années. Un Indien pouvait pêcher à des fins alimentaires en vertu d'un «permis spécial» précisant la méthode, le lieu et les périodes de pêche. À la suite d'un programme expérimental dont il sera question plus

1990 CanLII 104 (SCC)

specification of conditions for the exercise of licences.

It is this progressive restriction and detailed regulation of the fisheries which, respondent's counsel maintained, have had the effect of extinguishing any aboriginal right to fish. The extinguishment need not be express, he argued, but may take place where the sovereign authority is exercised in a manner "necessarily inconsistent" with the continued enjoyment of aboriginal rights. For this proposition, he particularly relied on *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Calder v. Attorney-General of British Columbia, supra*; *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); and *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation, supra*. The consent to its extinguishment before the *Constitution Act, 1982* was not required; the intent of the Sovereign could be effected not only by statute but by valid regulations. Here, in his view, the regulations had entirely displaced any aboriginal right. There is, he submitted, a fundamental inconsistency between the communal right to fish embodied in the aboriginal right, and fishing under a special licence or permit issued to individual Indians (as was the case until 1977) in the discretion of the Minister and subject to terms and conditions which, if breached, may result in cancellation of the licence. The *Fisheries Act* and its regulations were, he argued, intended to constitute a complete code inconsistent with the continued existence of an aboriginal right.

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished. The distinction to be drawn was carefully explained, in the context of federalism, in the first

loin, le règlement de 1981 portait sur une notion tout à fait nouvelle d'un permis de pêche à des fins de subsistance d'une bande tout en conservant le régime complet des conditions pour l'exercice du permis.

Selon l'avocat de l'intimée, ce sont ces restrictions progressives et la réglementation détaillée du droit de pêche qui ont eu pour effet d'éteindre tout droit de pêche ancestral. Selon lui, il n'est pas nécessaire que l'extinction soit formulée expressément, elle peut avoir lieu lorsque l'autorité souveraine est exercée d'une manière [TRADUCTION] «nécessairement incompatible» avec la jouissance continue de droits ancestraux. À l'appui de cette affirmation, il a surtout invoqué les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.), et *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité. Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement à l'extinction n'était pas requis; le souverain pouvait réaliser son intention non seulement par une loi mais aussi par un règlement valide. De l'avis de l'avocat, en l'espèce, le règlement avait totalement supplanté tout droit ancestral. Il affirme qu'il existe une incompatibilité fondamentale entre le droit collectif de pêche enchâssé dans le droit ancestral, et le droit de pêche en vertu d'un permis spécial ou d'un permis délivré à des Indiens pris individuellement (comme c'était le cas jusqu'en 1977) par le Ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et sous réserve de conditions qui, si elles étaient violées, pouvaient entraîner l'annulation du permis. Il a poursuivi en affirmant que la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application avaient pour but d'établir un code complet incompatible avec l'existence ininterrompue d'un droit ancestral.

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint. La distinction à faire a été expliquée soigneusement, dans le contexte du fédé-

1990 CanLII 104 (SCC)

fisheries case, *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700. There, the Privy Council had to deal with the interrelationship between, on the one hand, provincial property, which by s. 109 of the *Constitution Act, 1867* is vested in the provinces (and so falls to be regulated *qua* property exclusively by the provinces) and, on the other hand, the federal power to legislate respecting the fisheries thereon under s. 91(12) of that Act. The Privy Council said the following in relation to the federal regulation (at pp. 712-13):

> ... the power to legislate in relation to fisheries does necessarily to a certain extent enable the Legislature so empowered to affect proprietary rights. An enactment, for example, prescribing the times of the year during which fishing is to be allowed, or the instruments which may be employed for the purpose (which it was admitted the Dominion Legislature was empowered to pass) might very seriously touch the exercise of proprietary rights, and the extent, character, and scope of such legislation is left entirely to the Dominion Legislature. The suggestion that the power might be abused so as to amount to a practical confiscation of property does not warrant the imposition by the Courts of any limit upon the absolute power of legislation conferred. The supreme legislative power in relation to any subject-matter is always capable of abuse, but it is not to be assumed that it will be improperly used; if it is, the only remedy is an appeal to those by whom the Legislature is elected.

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in *Baker Lake*, *supra*, at p. 568:

> Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, *supra*, at pp. 439-40. That in Judson J.'s view was what had occurred in *Calder*, *supra*, where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest,

ralisme, dans le premier arrêt portant sur les pêcheries, *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1898] A.C. 700. Dans cet arrêt, le Conseil privé devait se pencher sur la corrélation entre, d'une part, les biens situés dans la province, qui, en raison de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, appartiennent aux provinces (et qui, à ce titre, sont réglementés exclusivement par la province) et, d'autre part, le pouvoir fédéral de légiférer en matière de pêcheries en vertu du par. 91(12) de cette loi. Le Conseil privé affirme ceci au sujet de la réglementation fédérale, aux pp. 712 et 713:

> [TRADUCTION] ... le pouvoir de légiférer en matière de pêcheries permet en toute logique au législateur titulaire d'un tel pouvoir de toucher dans une certaine mesure aux droits de propriété. Par exemple, une disposition qui fixe la saison où il est permis de pêcher ou le genre d'attirail que l'on peut employer pour pêcher (disposition que, de l'aveu de tous, le Parlement du Dominion a le pouvoir d'adopter) pourrait très sérieusement toucher à l'exercice des droits de propriété et l'étendue, la force et la portée d'une telle loi ressortissent entièrement au Parlement du Dominion. L'idée qu'on puisse abuser du pouvoir de sorte qu'en pratique le droit de propriété soit confisqué ne justifie pas les tribunaux d'imposer des restrictions au pouvoir absolu conféré dans la loi. Il est toujours possible d'abuser du pouvoir suprême de légiférer dans un domaine donné, mais il ne faut pas présumer qu'il sera exercé de façon inadmissible; le cas échéant, le seul recours consiste à s'adresser à l'électorat.

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt *Baker Lake*, précité, aux pp. 568 et 569:

> Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Voir également l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation*, précité, aux pp. 439 et 440. De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire *Calder*, précitée, où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible

1990 CanLII 104 (SCC)

including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain' ". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse»». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish. The fact that express provision permitting the Indians to fish for food may have applied to all Indians and that for an extended period permits were discretionary and issued on an individual rather than a communal basis in no way shows a clear intention to extinguish. These permits were simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights.

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Le fait qu'une disposition autorisant explicitement les Indiens à pêcher à des fins de subsistance ait pu s'appliquer à tous les Indiens et que la délivrance des permis ait pendant longtemps été discrétionnaire et effectuée sur une base individuelle plutôt que collective n'indique aucunement une intention claire d'éteindre le droit. Ces permis constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents.

We would conclude then that the Crown has failed to discharge its burden of proving extinguishment. In our opinion, the Court of Appeal made no mistake in holding that the Indians have an existing aboriginal right to fish in the area where Mr. Sparrow was fishing at the time of the charge. This approach is consistent with ensuring that an aboriginal right should not be defined by incorporating the ways in which it has been regulated in the past.

Nous sommes donc d'avis que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Nous estimons que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en décidant que les Indiens ont un droit de pêche ancestral existant dans le secteur où M. Sparrow pêchait au moment de l'infraction. Ce point de vue est compatible avec le principe voulant qu'un droit ancestral ne doive pas être défini en fonction des façons dont il a été réglementé dans le passé.

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. 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. As we stated earlier, the right to do so may be exercised in a contemporary manner.

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. 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. Comme nous l'avons déjà affirmé, le droit d'agir ainsi peut s'exercer de manière contemporaine.

1990 CanLII 104 (SCC)

The British Columbia Court of Appeal in this case held that the aboriginal right was to fish for food purposes, but that purpose was not to be confined to mere subsistence. Rather, the right was found to extend to fish consumed for social and ceremonial activities. The Court of Appeal thereby defined the right as protecting the same interest as is reflected in the government's food fish policy. In limiting the right to food purposes, the Court of Appeal referred to the line of cases involving the interpretation of the Natural Resources Agreements and the food purpose limitation placed on the protection of fishing and hunting rights by the *Constitution Act, 1930* (see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé en l'espèce que le droit ancestral en cause est celui de pêcher à des fins d'alimentation, mais que ces fins ne doivent pas être restreintes à la simple survie. On a conclu, au contraire, que ce droit s'étend au poisson consommé dans le cadre d'activités sociales et rituelles. La Cour d'appel a ainsi défini le droit comme protégeant le même intérêt que celui que traduit la politique du gouvernement en matière de pêche à des fins de subsistance. En limitant à des fins de subsistance l'exercice de ce droit, la Cour d'appel s'est fondée sur un courant de jurisprudence portant sur l'interprétation des conventions sur les ressources naturelles et sur la restriction relative à la subsistance apportée par la *Loi constitutionnelle de 1930* à la protection des droits de pêche et de chasse (voir *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337, *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451).

The Court of Appeal's position was attacked from both sides. The respondent for its part, argued that, if an aboriginal right to fish does exist, it does not include the right to take fish for the ceremonial and social activities of the Band. The appellant, on the other hand, attacked the Court of Appeal's restriction of the right to a right to fish for food. He argued that the principle that the holders of aboriginal rights may exercise those rights according to their own discretion has been recognized by this Court in the context of the protection of treaty hunting rights (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387) and that it should be applied in this case such that the right is defined as a right to fish for any purpose and by any non-dangerous method.

Les deux parties ont contesté la position de la Cour d'appel. D'une part, l'intimée a soutenu que si le droit ancestral de pêcher existe, ce droit ne comprend pas celui de prendre du poisson pour des cérémonies ou des activités sociales de la bande. D'autre part, l'appelant a contesté la restriction apportée par la Cour d'appel au droit de pêcher à des fins de subsistance. Il a soutenu que le principe suivant lequel les titulaires de droits ancestraux peuvent exercer ces droits comme bon leur semble a reçu l'aval de notre Cour dans le contexte de la protection de droits de chasse issus d'un traité (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387), et qu'il devrait être appliqué dans la présente instance de manière à ce que le droit en question soit défini comme un droit de pêcher à quelque fin que ce soit, au moyen de toute méthode non dangereuse.

In relation to this submission, it was contended before this Court that the aboriginal right extends to commercial fishing. While no commercial fishery existed prior to the arrival of European settlers, it is contended that the Musqueam practice of bartering in early society may be revived as a modern right to fish for commercial purposes. The presence of numerous interveners representing commercial fishing interests, and the suggestion on the facts that the net length restriction is at least

En ce qui concerne cet argument, on a soutenu devant notre Cour que le droit ancestral englobe la pêche commerciale. Bien qu'il n'y ait pas eu de pêche commerciale avant l'arrivée des colons européens, on prétend que le troc pratiqué jadis par les Musqueams peut être rétabli sous la forme d'un droit moderne de pêcher à des fins commerciales. La présence de nombreux intervenants représentant les intérêts des pêcheurs commerciaux et l'idée, se dégageant des faits, que la restriction

1990 CanLII 104 (SCC)

in part related to the probable commercial use of fish caught under the Musqueam food fishing licence, indicate the possibility of conflict between aboriginal fishing and the competitive commercial fishery with respect to economically valuable fish such as salmon. We recognize the existence of this conflict and the probability of its intensification as fish availability drops, demand rises and tensions increase.

Government regulations governing the exercise of the Musqueam right to fish, as described above, have only recognized the right to fish for food for over a hundred years. This may have reflected the existing position. However, historical policy on the part of the Crown is not only incapable of extinguishing the existing aboriginal right without clear intention, but is also incapable of, in itself, delineating that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can however regulate the exercise of that right, but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

In the courts below, the case at bar was not presented on the footing of an aboriginal right to fish for commercial or livelihood purposes. Rather, the focus was and continues to be on the validity of a net length restriction affecting the appellant's food fishing licence. We therefore adopt the Court of Appeal's characterization of the right for the purpose of this appeal, and confine our reasons to the meaning of the constitutional recognition and affirmation of the existing aboriginal right to fish for food and social and ceremonial purposes.

"Recognized and Affirmed"

We now turn to the impact of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* on the regulatory power of Parliament and on the outcome of this appeal specifically.

quant à la longueur des filets est liée, du moins en partie, à l'usage commercial qui est probablement fait du poisson pris en vertu du permis de pêche de subsistance des Musqueams indiquent une possibilité de conflit entre la pêche par des autochtones et la pêche commerciale concurrentielle relativement à un poisson d'une grande valeur économique comme le saumon. Nous reconnaissons l'existence de ce conflit ainsi que la probabilité qu'il s'aggrave à mesure que les quantités de poisson diminuent, que la demande augmente et que les tensions montent.

Depuis plus de cent ans, les règlements gouvernementaux régissant l'exercice du droit des Musqueams de pêcher décrit plus haut ne reconnaissent que le droit de pêcher à des fins de subsistance. Cela peut expliquer la position actuelle. Cependant, non seulement la politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens, mais elle ne permet pas non plus en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Devant les tribunaux d'instance inférieure, la présente affaire n'a pas été débattue en fonction de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. Les débats ont plutôt porté, et portent encore, sur la validité d'une restriction quant à la longueur des filets qui touche le permis de pêche de subsistance de l'appelant. Nous adoptons donc, pour les fins du présent pourvoi, la caractérisation de ce droit donnée par la Cour d'appel et limitons nos motifs au sens de la reconnaissance et de la confirmation constitutionnelles du droit ancestral existant de pêcher à des fins de subsistance et à des fins sociales et rituelles.

«Reconnus et confirmés»

Nous passons maintenant à l'effet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur le pouvoir réglementaire du Parlement et, en particulier, sur l'issue du présent pourvoi.

1990 CanLII 104 (SCC)

Counsel for the appellant argued that the effect of s. 35(1) is to deny Parliament's power to restrictively regulate aboriginal fishing rights under s. 91(24) ("Indians and Lands Reserved for the Indians"), and s. 91(12) ("Sea Coast and Inland Fisheries"). The essence of this submission, supported by the intervener, the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, is that the right to regulate is part of the right to use the resource in the Band's discretion. Section 35(1) is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nor to legislative override under s. 33. The appellant submitted that, if the regulatory power continued, the limits on its extent are set by the word "inconsistent" in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and the protective and remedial purposes of s. 35(1). This means that aboriginal title entails a right to fish by any non-dangerous method chosen by the aboriginals engaged in fishing. Any continuing governmental power of regulation would have to be exceptional and strictly limited to regulation that is clearly not inconsistent with the protective and remedial purposes of s. 35(1). Thus, counsel for the appellant speculated, "in certain circumstances, necessary and reasonable conservation measures might qualify" (emphasis added)—where for example such measures were necessary to prevent serious impairment of the aboriginal rights of present and future generations, where conservation could only be achieved by restricting the right and not by restricting fishing by other users, and where the aboriginal group concerned was unwilling to implement necessary conservation measures. The onus of proving a justification for restrictive regulations would lie with the government by analogy with s. 1 of the *Charter*.

L'avocat de l'appelant soutient que l'effet du par. 35(1) est de nier le pouvoir du Parlement de réglementer restrictivement les droits de pêche des autochtones en vertu du par. 91(24) («les Indiens et les terres réservées aux Indiens») et du par. 91(12) («les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur»). L'essence de cet argument, appuyé par l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, est que le droit de réglementer fait partie du droit de la bande d'utiliser la ressource comme bon lui semble. Le paragraphe 35(1) n'est pas assujetti à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni à la dérogation législative prévue à l'art. 33. L'appelant fait valoir que si le pouvoir de réglementation continue de s'appliquer, les limites de son étendue sont établies par le terme «incompatibles» contenu au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). Cela signifie qu'un titre aborigène comporte le droit de pêcher au moyen de toute méthode non dangereuse choisie par les pêcheurs autochtones. Tout pouvoir de réglementation que le gouvernement continuerait à exercer devrait être exceptionnel et strictement limité à une réglementation nettement compatible avec les fins protectrices et réparatrices du par. 35(1). L'avocat de l'appelant a donc supposé que [TRADUCTION] «dans certains cas, des mesures de conservation nécessaires et raisonnables pourraient être adoptées» (nous soulignons) si, par exemple, de telles mesures étaient nécessaires pour éviter qu'on porte sérieusement atteinte aux droits ancestraux des générations actuelles et futures, si les objectifs de conservation ne pouvaient être atteints que par une restriction de ce droit et non de la pêche pratiquée par d'autres pêcheurs, et si le groupe autochtone visé refusait de mettre en œuvre les mesures de conservation nécessaires. Par analogie avec l'article premier de la *Charte*, il incomberait au gouvernement de justifier l'adoption de règlements restrictifs.

In response to these submissions and in finding the appropriate interpretive framework for s. 35(1), we start by looking at the background of s. 35(1).

Afin de répondre à ces arguments et de trouver le cadre d'interprétation approprié pour le par. 35(1), nous commençons par examiner l'historique de ce paragraphe.

1990 CanLII 104 (SCC)

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 *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); see also the Royal Proclamation itself (R.S.C., 1985, App. II, No. 1, pp. 4-6); *Calder*, *supra*, *per* Judson J., at p. 328, Hall J., at pp. 383 and 402. And there can be no doubt that over the years the rights of the Indians were often honoured in the breach (for one instance in a recent case in this Court, see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654. As MacDonald J. stated in *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.), at p. 37: "We cannot recount with much pride the treatment accorded to the native people of this country."

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 l'arrêt *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (C.S.É.-U.); voir également la Proclamation royale elle-même (L.R.C. (1985), app. II, n° 1, pp. 4 à 6); *Calder*, précité, le juge Judson, à la p. 328, le juge Hall aux pp. 383 et 402. Et il n'y a pas de doute qu'au fil des ans les droits des Indiens ont souvent été reconnus par suite d'une violation (voir, par exemple l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654). Comme le juge MacDonald l'a affirmé dans la décision *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.), à la p. 37: [TRADUCTION] «Ce n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux autochtones de notre pays».

For many years, the rights of the Indians to their aboriginal lands — certainly as legal rights— were virtually ignored. The leading cases defining Indian rights in the early part of the century were directed at claims supported by the Royal Proclamation or other legal instruments, and even these cases were essentially concerned with settling legislative jurisdiction or the rights of commercial enterprises. For fifty years after the publication of Clement's *The Law of the Canadian Constitution* (3rd ed. 1916), there was a virtual absence of discussion of any kind of Indian rights to land even in academic literature. By the late 1960s, aboriginal claims were not even recognized by the federal government as having any legal status. Thus the *Statement of the Government of Canada on Indian Policy* (1969), although well meaning, contained the assertion (at p. 11) that "aboriginal claims to land . . . are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to the Indians as members of the Canadian community". In the same general period, the James Bay development by Quebec Hydro was originally initiated without regard to

Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales—certainement à titre de droits reconnus en common law—ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3e éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, *La politique indienne du gouvernement du Canada* (1969), contenait (à la p. 12) l'affirmation que «les droits aborigènes [. . .] sont tellement généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesu-

1990 CanLII 104 (SCC)

the rights of the Indians who lived there, even though these were expressly protected by a constitutional instrument; see *The Quebec Boundaries Extension Act, 1912*, S.C. 1912, c. 45. It took a number of judicial decisions and notably the *Calder* case in this Court (1973) to prompt a reassessment of the position being taken by government.

In the light of its reassessment of Indian claims following *Calder*, the federal Government on August 8, 1973 issued "a statement of policy" regarding Indian lands. By it, it sought to "signify the Government's recognition and acceptance of its continuing responsibility under the British North America Act for Indians and lands reserved for Indians", which it regarded "as an historic evolution dating back to the Royal Proclamation of 1763, which, whatever differences there may be about its judicial interpretation, stands as a basic declaration of the Indian people's interests in land in this country". (Emphasis added.) See *Statement made by the Honourable Jean Chrétien, Minister of Indian Affairs and Northern Development on Claims of Indian and Inuit People*, August 8, 1973. The remarks about these lands were intended "as an expression of acknowledged responsibility". But the statement went on to express, for the first time, the government's willingness to negotiate regarding claims of aboriginal title, specifically in British Columbia, Northern Quebec, and the Territories, and this without regard to formal supporting documents. "The Government", it stated, "is now ready to negotiate with authorized representatives of these native peoples on the basis that where their traditional interest in the lands concerned can be established, an agreed form of compensation or benefit will be provided to native peoples in return for their interest."

res qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne». Au cours de la même période générale, Hydro Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt *Calder* de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position.

Compte tenu de sa nouvelle évaluation des revendications des Indiens à la suite de l'arrêt *Calder*, le gouvernement fédéral publie, le 8 août 1973, «une déclaration de principe» concernant les terres indiennes. Par cette déclaration, le gouvernement veut montrer qu'il «reconnaît et accepte sa responsabilité permanente, aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, en ce qui a trait aux Indiens et aux territoires réservés à leur intention», qu'il considère «comme le résultat d'une évolution historique remontant à la Proclamation royale de 1763, laquelle demeure comme une déclaration fondamentale des intérêts fonciers des Indiens du pays, quelles que soient les différences intervenues quant à son interprétation légale». (Nous soulignons.) Voir la *Déclaration par l'honorable Jean Chrétien, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au sujet des revendications des Indiens et Inuit*, en date du 8 août 1973. Les remarques au sujet de ces terres se voulaient «une attestation de [. . .] responsabilité.» Mais, pour la première fois, le gouvernement y exprime sa volonté de négocier concernant les revendications d'un titre aborigène de propriété, particulièrement en Colombie-Britannique, dans le Nouveau-Québec et les Territoires, et ce, indépendamment de tout document officiel. «Le gouvernement», dit-on, «est maintenant prêt à négocier avec les représentants mandatés par ces groupes, en partant du principe que, dans les cas où leurs droits traditionnels aux terres revendiquées peuvent être établis, les autochtones recevront, en retour de ces intérêts, une indemnité ou un avantage convenus.»

1990 CanLII 104 (SCC)

It is obvious from its terms that the approach taken towards aboriginal claims in the 1973 statement constituted an expression of a policy, rather than a legal position; see also *In All Fairness: A Native Claims Policy — Comprehensive Claims* (1981), pp. 11-12; Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" op. cit., at p. 730. As recently as *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, the federal government argued in this Court that any federal obligation was of a political character.

Il ressort clairement du texte que l'attitude adoptée à l'égard des revendications des autochtones dans la déclaration de 1973 exprimait une politique plutôt qu'une prise de position sur le plan juridique; voir également *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales* (1981), pp. 11 et 12; Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, à la p. 730. Aussi récemment que dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le gouvernement fédéral a soutenu devant notre Cour que toute obligation fédérale était de nature politique.

It is clear, then, that 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 the welfare of Canada's aboriginal peoples made the adoption of s. 35(1) possible and it is important to note that the provision applies to the Indians, the Inuit and the Métis. 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. We are, of course, aware that this would, in any event, flow from the *Guerin* case, *supra*, but for a proper understanding of the situation, it is essential to remember that the *Guerin* case was decided after the commencement of the *Constitution Act, 1982*. In addition to its effect on aboriginal rights, s. 35(1) clarified other issues regarding the enforcement of treaty rights (see Sanders, "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Beaudoin and Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., especially at p. 730).

Il est donc clair que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux. La forte représentation des associations autochtones et d'autres groupes soucieux du bien-être des peuples autochtones du Canada a rendu possible l'adoption du par. 35(1) et il est important de souligner que cette disposition s'applique aux Indiens, aux Inuit et aux Métis. 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. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt *Guerin*, précité, mais pour bien comprendre la situation, il est essentiel de se rappeler que l'arrêt *Guerin* a été rendu après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, en plus de son effet sur les droits ancestraux, le par. 35(1) a clarifié d'autres points concernant l'application des droits issus de traités (voir Sanders, «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada,» dans Beaudoin et Ratushny (éd.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2e éd., particulièrement à la p. 730).

In our opinion, the significance of s. 35(1) extends beyond these fundamental effects. Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, says the following about s. 35(1), at p. 100:

À notre avis, l'importance du par. 35(1) va au-delà de ces effets fondamentaux. Dans «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95, à la p. 100, le professeur Lyon dit ceci au sujet du par. 35(1):

1990 CanLII 104 (SCC)

. . . 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.

[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.

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. Here, we will sketch the framework for an interpretation of "recognized and affirmed" that, in our opinion, gives appropriate weight to the constitutional nature of these words.

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. Nous allons ici ébaucher le cadre d'une interprétation de l'expression «reconnus et confirmés» qui, selon nous, accorde au caractère constitutionnel de ces mots l'importance qui lui revient.

In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court said the following about the perspective to be adopted when interpreting a constitution, at p. 745:

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour affirme ceci au sujet de l'optique dans laquelle il faut aborder l'interprétation d'une constitution, à la p. 745:

The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and unsuffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails.

La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «loi suprême» de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance.

The nature of s. 35(1) itself suggests that it be construed in a purposive way. 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. When the Court of Appeal below was confronted with the submission that s. 35 has no effect on aboriginal or treaty rights and that it is merely a preamble to the parts of the *Constitution Act, 1982*, which deal with aboriginal rights, it said the following, at p. 322:

La nature même du par. 35(1) laisse supposer qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. 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. Devant l'argument voulant que l'art. 35 n'ait aucun effet sur les droits ancestraux ou issus de traités et qu'il ne soit qu'un préambule aux parties de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui portent sur les droits des autochtones, la Cour d'appel en l'espèce dit ceci, à la p. 322:

1990 CanLII 104 (SCC)

This submission gives no meaning to s. 35. If accepted, it would result in denying its clear statement that existing rights are hereby recognized and affirmed, and would turn that into a mere promise to recognize and affirm those rights sometime in the future .... To so construe s. 35(1) would be to ignore its language and the principle that the Constitution should be interpreted in a liberal and remedial way. We cannot accept that that principle applies less strongly to aboriginal rights than to the rights guaranteed by the Charter, particularly having regard to the history and to the approach to interpreting treaties and statutes relating to Indians required by such cases as *Nowegijick v. R.*, [1983] 1 S.C.R. 29 ....

In *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, the following principle that should govern the interpretation of Indian treaties and statutes was set out:

... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

In *R. v. Agawa, supra*, Blair J.A. stated that the above principle should apply to the interpretation of s. 35(1). He added the following principle to be equally applied, at pp. 215-16:

The second principle was enunciated by the late Associate Chief Justice MacKinnon in **R. v. Taylor and Williams** (1981), 34 O.R. (2d) 360. He emphasized the importance of Indian history and traditions as well as the perceived effect of a treaty at the time of its execution. He also cautioned against determining Indian rights "in a vacuum". The honour of the Crown is involved in the interpretation of Indian treaties and, as a consequence, fairness to the Indians is a governing consideration. He said at p. 367:

> "The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of 'sharp dealing' should be sanctioned."

This view is reflected in recent judicial decisions which have emphasized the responsibility of Government to protect the rights of Indians arising from the special trust relationship created by history, treaties and legisla-

[TRADUCTION] Cet argument ne donne aucun sens à l'art. 35. En le retenant, on se trouverait à nier la déclaration non équivoque de cet article que les droits existants sont reconnus et confirmés et à n'en faire qu'une simple promesse de reconnaître et de confirmer ces droits à une époque future [...] Une telle interprétation du par. 35(1) ferait abstraction à la fois de ses termes et du principe selon lequel la Constitution doit recevoir une interprétation libérale et réparatrice. Nous ne pouvons accepter que ce principe s'applique avec moins de force aux droits ancestraux qu'à ceux garantis par la Charte, compte tenu particulièrement de l'histoire et de la méthode d'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens commandée par des arrêts comme *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 ...

Dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36, on énonce le principe qui doit régir l'interprétation des traités et des lois concernant les Indiens:

... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

Dans l'arrêt *R. v. Agawa*, précité, le juge Blair affirme que ce principe devrait s'appliquer à l'interprétation du par. 35(1). Aux pages 215 et 216, il ajoute comme tout aussi applicable le principe suivant:

[TRADUCTION] Le second principe a été énoncé par feu le juge en chef adjoint MacKinnon dans l'arrêt **R. v. Taylor and Williams** (1981), 34 O.R. (2d) 360. Soulignant l'importance de l'histoire et des traditions indiennes ainsi que ce qu'on croyait être l'effet du traité au moment de sa signature, il a en outre fait une mise en garde contre la détermination des droits des Indiens «dans l'abstrait». L'interprétation de traités avec les Indiens met en cause l'honneur de la Couronne et, par conséquent, l'équité envers les Indiens est un facteur dominant. Il dit, à la p. 367:

> «Les principes applicables à l'interprétation de traités visant les Indiens ont fait l'objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.»

Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux

1990 CanLII 104 (SCC)

tion: see **Guerin v. The Queen**, [1984] 2 S.C.R. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

In *Guerin*, *supra*, the Musqueam Band surrendered reserve lands to the Crown for lease to a golf club. The terms obtained by the Crown were much less favourable than those approved by the Band at the surrender meeting. This Court found that the Crown owed a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands. The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). 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.

We agree with both the British Columbia Court of Appeal below and the Ontario Court of Appeal that the principles outlined above, derived from *Nowegijick*, *Taylor and Williams* and *Guerin*, should guide the interpretation of s. 35(1). As commentators have noted, s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content (Lyon, op. cit.; Pentney, op. cit.; Schwartz, "Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—'What's in the Box?' and 'What Kind of Box?'", Chapter XXIV, in *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slattery, op. cit.; and Slattery, "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

In response to the appellant's submission that s. 35(1) rights are more securely protected than the rights guaranteed by the *Charter*, it is true that s. 35(1) is not subject to s. 1 of the *Charter*. In our

créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs: voir **Guerin c. La Reine**, [1984] 2 R.C.S. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

Dans l'affaire *Guerin*, précitée, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l'assemblée de la cession. Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), 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.

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans l'interprétation du par. 35(1), on doit se laisser guider par les principes exposés ci-dessus qui découlent des arrêts *Nowegijick*, *Taylor and Williams* et *Guerin*. Comme les auteurs l'ont souligné, le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile (Lyon, *op. cit.*; Pentney, *op. cit.*; Schwartz, «Unstarted Business: Two Approaches to Defining s. 35—«What's in the Box?» and «What Kind of Box?»», chapitre XXIV, dans *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*; Slattery, *op. cit.*, et Slattery, «The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada» (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361).

Pour répondre à l'argument de l'appelant que les droits visés au par. 35(1) bénéficient d'une protection plus sûre que ceux garantis par la *Charte*, il est vrai que le par. 35(1) n'est pas assujetti à

1990 CanLII 104 (SCC)

opinion, this does not mean that any law or regulation affecting aboriginal rights will automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will nonetheless be valid, if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

There is no explicit language in the provision that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words "recognition and affirmation" incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in *Nowegijick*, *supra*, and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen*, *supra*.

We refer to Professor Slattery's "Understanding Aboriginal Rights", op. cit., with respect to the task of envisioning a s. 35(1) justificatory process. Professor Slattery, at p. 782, points out that a justificatory process is required as a compromise between a "patchwork" characterization of aboriginal rights whereby past regulations would be read into a definition of the rights, and a characterization that would guarantee aboriginal rights in their original form unrestricted by subsequent regulation. We agree with him that these

l'article premier de la *Charte*. Cela ne veut pas dire, selon nous, que toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones sera automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera néanmoins valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe en question ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n'importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l'expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d'interprétation libérale énoncé dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, et avec l'idée que la Couronne doit être tenue au respect d'une norme élevée — celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

Nous nous référons à «Understanding Aboriginal Rights», *op. cit.*, du professeur Slattery pour ce qui est d'envisager un processus de justification au par. 35(1). Le professeur Slattery souligne, à la p. 782, qu'un processus de justification s'impose à titre de compromis entre une caractérisation «composite» des droits ancestraux qui ferait entrer dans la définition de ceux-ci les règlements antérieurs et une caractérisation qui garantirait les droits ancestraux sous leur forme initiale sans aucune restriction apportée par des règlements ultérieurs. Nous

1990 CanLII 104 (SCC)

two extreme positions must be rejected in favour of a justificatory scheme.

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

In these reasons, we will outline the appropriate analysis under s. 35(1) in the context of a regula-

sommes d'accord avec lui pour dire que ces deux positions extrêmes doivent être rejetées au profit d'un système de justification.

Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XXe siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

Dans les présents motifs, nous entendons exposer l'analyse appropriée aux fins du par. 35(1)

1990 CanLII 104 (SCC)

tion made pursuant to the *Fisheries Act*. 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.

Section 35(1) and the Regulation of the Fisheries

Taking the above framework as guidance, we propose to set out the test for *prima facie* interference with an existing aboriginal right and for the justification of such an interference. With respect to the question of the regulation of the fisheries, the existence of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, renders the authority of *R. v. Derriksan, supra*, inapplicable. In that case, Laskin C.J., for this Court, found that there was nothing to prevent the *Fisheries Act* and the Regulations from subjecting the alleged aboriginal right to fish in a particular area to the controls thereby imposed. As the Court of Appeal in the case at bar noted, the *Derriksan* line of cases established that, before April 17, 1982, the aboriginal right to fish was subject to regulation by legislation and subject to extinguishment. The new constitutional status of that right enshrined in s. 35(1) suggests that a different approach must be taken in deciding whether regulation of the fisheries might be out of keeping with constitutional protection.

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1). Parliament is not expected to act in a manner contrary to the rights and interests of aboriginals, and, indeed, may be barred from doing so by the second stage of s. 35(1) analysis. The inquiry with respect to interference begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Our earlier observations

dans le contexte d'un règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. 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.

Le paragraphe 35(1) et la réglementation des pêcheries

Nous servant du cadre que nous venons de décrire, nous nous proposons d'énoncer le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant, d'une part, et pour justifier cette atteinte, d'autre part. En ce qui a trait à la question de la réglementation des pêcheries, l'existence du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait en sorte que l'arrêt *R. v. Derriksan*, précité, ne s'applique pas. Dans cette affaire, le juge en chef Laskin a statué, au nom de notre Cour, que rien n'empêchait la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application d'assujettir aux contrôles y prévus le droit ancestral, qu'on revendiquait, de pêcher dans une zone déterminée. Comme le fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, il ressort du courant de jurisprudence établi par l'arrêt *Derriksan* qu'avant le 17 avril 1982, le droit de pêche ancestral était soumis à une réglementation par voie législative et était susceptible d'extinction. Or, le nouveau statut constitutionnel de ce droit consacré au par. 35(1) laisse entendre qu'on doit procéder différemment en décidant si la réglementation des pêcheries pourrait être incompatible avec la protection constitutionnelle.

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1). Le Parlement n'est pas censé agir d'une manière contraire aux droits et aux intérêts des autochtones et, en réalité, il peut être empêché de le faire par la seconde étape de l'analyse fondée sur le par. 35(1) . L'analyse portant sur l'atteinte commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Nos observa-

1990 CanLII 104 (SCC)

regarding the scope of the aboriginal right to fish are relevant here. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful, then, to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of what the reasons for judgment in *Guerin*, *supra*, at p. 382, referred to as the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. (See also Little Bear, "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

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. For example, it would be artificial to try to create a hard distinction between the right to fish and the particular manner in which that right is exercised.

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 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. If, for example, the Musqueam were forced to spend undue time and money per fish caught or if the net length reduction resulted in a hardship to

tions précédentes concernant la portée du droit de pêche ancestral sont pertinentes à ce propos. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle, dans les motifs de jugement de l'affaire *Guerin*, précitée, à la p. 382, la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. (Voir aussi Little Bear, «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.)

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. Il serait artificiel, par exemple, de tenter d'établir une distinction nette entre le droit de pêche et la manière précise dont ce droit est exercé.

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par

1990 CanLII 104 (SCC)

the Musqueam in catching fish, then the first branch of the s. 35(1) analysis would be met.

le droit de pêche. Si, par exemple, les Musqueams se voyaient astreints à des pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou si la restriction quant à la longueur des filets faisait en sorte qu'il serait difficile aux Musqueams de prendre du poisson, cela suffirait pour satisfaire aux exigences du premier volet de l'analyse fondée sur le par. 35(1).

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. 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, or other objectives found to be compelling and substantial.

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers 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, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

The Court of Appeal below held, at p. 331, that regulations could be valid if reasonably justified as "necessary for the proper management and conservation of the resource <u>or in the public interest</u>". (Emphasis added.) We find the "public interest" justification to be so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights.

La Cour d'appel en l'espèce a décidé, à la p. 331, qu'une réglementation pourrait être valide si elle était raisonnablement justifiée comme [TRADUCTION] «nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources <u>ou dans l'intérêt public</u>». (Nous soulignons.) Nous considérons que la justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.

The justification of conservation and resource management, on the other hand, is surely uncontroversial. In *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the applicability of the B.C. *Wildlife Act*, S.B.C. 1966, c. 55, to the appellant members

Par contre, la justification de la conservation et de la gestion des ressources ne constitue sûrement pas un sujet de controverse. Dans l'affaire *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, notre Cour s'est penchée sur la question de l'applicabilité de la

1990 CanLII 104 (SCC)

of the Penticton Indian Band was considered by this Court. In discussing that Act, the following was said about the objective of conservation (at p. 112):

> Game conservation laws have as their policy the maintenance of wildlife resources. It might be argued that without some conservation measures the ability of Indians or others to hunt for food would become a moot issue in consequence of the destruction of the resource. The presumption is for the validity of a legislative enactment and in this case the presumption has to mean that in the absence of evidence to the contrary the measures taken by the British Columbia Legislature were taken to maintain an effective resource in the Province for its citizens and not to oppose the interests of conservationists and Indians in such a way as to favour the claims of the former.

While the "presumption" of validity is now outdated in view of the constitutional status of the aboriginal rights at stake, it is clear that the value of conservation purposes for government legislation and action has long been recognized. Further, the conservation and management of our resources is consistent with aboriginal beliefs and practices, and, indeed, with the enhancement of aboriginal rights.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin*, *supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

The problem that arises in assessing the legislation in light of its objective and the responsibility of the Crown is that the pursuit of conservation in a heavily used modern fishery inevitably blurs with the efficient allocation and management of this scarce and valued resource. The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between

Wildlife Act de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1966, ch. 55, aux appelants membres de la bande indienne Penticton. En analysant cette loi, on affirme au sujet de l'objectif de conservation (à la p. 112):

> Les lois sur la conservation de la faune ont pour but la protection du gibier. On peut soutenir que sans mesure de protection, l'anéantissement de la faune rendrait théorique la question du droit des Indiens ou d'autres personnes de chasser pour se nourrir. Il faut présumer que le texte législatif en cause est valide. En l'espèce, cela signifie qu'en l'absence d'une preuve à l'effet contraire, il faut aussi présumer que les mesures adoptées par la Législature de la Colombie-Britannique ont pour but la protection efficace de la faune de la province, pour ses habitants, et ne visent pas à opposer les intérêts des écologistes à ceux des Indiens en favorisant les revendications des premiers.

Bien que la «présomption» de validité soit maintenant désuète étant donné le statut constitutionnel des droits ancestraux en cause, il est évident que l'importance des objectifs de conservation est reconnue depuis longtemps en matière de législation et d'action gouvernementales. De plus, la conservation et la gestion de nos ressources sont compatibles avec les croyances et les pratiques des autochtones et, en fait, avec la mise en valeur des droits de ces derniers.

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

Le problème qui se pose en évaluant la mesure législative en fonction de son objectif et de la responsabilité de la Couronne, est que les efforts de conservation dans une industrie de la pêche moderne fortement exploitée se heurtent inévitablement à la répartition et à la gestion efficaces d'une ressource à la fois peu abondante et très prisée. La nature de la protection constitutionnelle

1990 CanLII 104 (SCC)

the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource. There is a clear need for guidelines that will resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. We refer to the reasons of Dickson J., as he then was, in *Jack v. The Queen*, *supra*, for such guidelines.

In *Jack*, the appellants' defence to a charge of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period was based on the alleged constitutional incapacity of Parliament to legislate such as to deny the Indians their right to fish for food. They argued that art. 13 of the *British Columbia Terms of Union* imposed a constitutional limitation on the federal power to regulate. While we recognize that the finding that such a limitation had been imposed was not adopted by the majority of this Court, we point out that this case concerns a different constitutional promise that asks this Court to give a meaningful interpretation to recognition and affirmation. That task requires equally meaningful guidelines responsive to the constitutional priority accorded aboriginal rights. We therefore repeat the following passage from *Jack*, at p. 313:

> Conservation is a valid legislative concern. The appellants concede as much. Their concern is in the allocation of the resource after reasonable and necessary conservation measures have been recognized and given effect to. They do not claim the right to pursue the last living salmon until it is caught. Their position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

qu'offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l'existence d'un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource. De toute évidence, on a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition des ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Pour de telles lignes directrices, nous renvoyons aux motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'affaire *Jack c. La Reine*, précité.

Dans l'affaire *Jack*, les appelants, accusés d'avoir pêché le saumon pendant une période et en un endroit prohibés, ont invoqué comme moyen de défense la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement pour légiférer de manière à priver les Indiens du droit de pêcher pour se nourrir. Ils ont fait valoir que l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* imposait une limite constitutionnelle au pouvoir réglementaire fédéral. Tout en reconnaissant que la conclusion qu'une telle limite avait été imposée n'a pas été adoptée par la majorité dans notre Cour, nous soulignons qu'il s'agit en l'espèce d'une promesse constitutionnelle différente, par suite de laquelle notre Cour est appelée à donner un sens utile aux notions de reconnaissance et de confirmation. C'est là une tâche dont l'accomplissement nécessite des lignes directrices tout aussi utiles qui tiennent compte de la priorité constitutionnelle accordée aux droits ancestraux. En conséquence, nous reprenons le passage suivant de l'arrêt *Jack*, à la p. 313:

> La protection des ressources constitue une considération législative valide. Les appelants l'admettent. Ce qui les préoccupe c'est plutôt la répartition des ressources après la détermination et l'application des mesures de protection raisonnables et nécessaires. Ils ne réclament pas le droit de pêcher jusqu'au dernier saumon. Ils préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

1990 CanLII 104 (SCC)

I agree with the general tenor of this argument .... With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fishermen, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes [...] En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

The constitutional nature of the Musqueam food fishing rights means that any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing. If the objective pertained to conservation, the conservation plan would be scrutinized to assess priorities. While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

La nature constitutionnelle du droit des Musqueams de pêcher à des fins de subsistance fait en sorte que, dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance. Si l'objectif visé se rapportait à la conservation des ressources, le plan de conservation serait examiné en vue de déterminer les priorités. Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

The decision of the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, addresses the constitutionality of the Nova Scotia Micmac Indians' right to fish in the waters of Indian Brook and the Afton River, and does so in a way that accords with our understanding of the constitutional nature of aboriginal rights and the link between allocation and justification required for government regulation of the exercise of the

Dans l'arrêt *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse se penche sur la constitutionnalité du droit des Indiens Micmacs de la Nouvelle-Écosse de pêcher dans les eaux du ruisseau Indian et de la rivière Afton et elle le fait d'une manière conforme à notre compréhension de la nature constitutionnelle des droits ancestraux et du lien entre la répartition et la justification qui est requis pour que le gouverne-

1990 CanLII 104 (SCC)

rights. Clarke C.J.N.S., for a unanimous court, found that the Nova Scotia *Fishery Regulations* enacted pursuant to the federal *Fisheries Act* were in part inconsistent with the constitutional rights of the appellant Micmac Indians. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, provided the appellants with the right to a top priority allocation of any surplus of the fisheries resource which might exist after the needs of conservation had been taken into account. With respect to the issue of the Indians' priority to a food fishery, Clarke C.J.N.S. noted that the official policy of the federal government recognizes that priority. He added the following, at p. 339:

> I have no hesitation in concluding that factual as well as legislative and policy recognition must be given to the existence of an Indian food fishery in the waters of Indian Brook, adjacent to the Eskasoni Reserve, and the waters of the Afton River after the needs of conservation have been taken into account . . .
>
> To afford user groups such as sports fishermen (anglers) a priority to fish over the legitimate food needs of the appellants and their families is simply not appropriate action on the part of the federal government. It is inconsistent with the fact that the appellants have for many years, and continue to possess an aboriginal right to fish for food. The appellants have, to employ the words of their counsel, a "right to share in the available resource". This constitutional entitlement is second only to conservation measures that may be undertaken by federal legislation.

Further, Clarke C.J.N.S. found that s. 35(1) provided the constitutional recognition of the aboriginal priority with respect to the fishery, and that the regulations, in failing to guarantee that priority, were in violation of the constitutional provision. He said the following, at pp. 340-41:

> Though it is crucial to appreciate that the rights afforded to the appellants by s. 35(1) are not absolute, the impugned regulatory scheme fails to recognize that this section provides the appellants with a priority of allocation and access to any surplus of the fisheries resource once the needs of conservation have been taken into account. Section 35(1), as applied to these appeals, provides the appellants with an entitlement to fish in the waters in issue to satisfy their food needs, where a

ment puisse réglementer l'exercice de ces droits. Le juge en chef Clarke a décidé, au nom d'une cour unanime, que les *Fishery Regulations* de la Nouvelle-Écosse pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries* fédérale étaient incompatibles en partie avec les droits constitutionnels des Micmacs appelants. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait aux appelants le droit d'obtenir la priorité absolue sur tout surplus de poisson pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation. Quant à la question de la priorité du droit des Indiens de pêcher pour se nourrir, le juge en chef Clarke fait remarquer que le gouvernement fédéral reconnaît officiellement cette priorité. Il ajoute, à la p. 339:

> [TRADUCTION] Je conclus sans hésitation que l'existence du droit des Indiens, sous réserve des exigences de la conservation, de pêcher à des fins de subsistance dans les eaux du ruisseau Indian, adjacentes à la réserve Eskasoni, et dans les eaux de la rivière Afton, doit être reconnue aussi bien dans les faits que sur les plans de la législation et des politiques . . .
>
> Il ne convient simplement pas que le gouvernement fédéral accorde à des groupes d'usagers tels que les pêcheurs sportifs (les pêcheurs à la ligne) une priorité en matière de pêche qui l'emporte sur les besoins alimentaires légitimes des appelants et de leurs familles. Cela est inconciliable avec le fait que les appelants jouissent depuis bien des années d'un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Les appelants, pour reprendre la formule de leur avocat, ont «droit à une part de la ressource disponible». Ce droit constitutionnel ne cède le pas qu'aux mesures de conservation pouvant être prévues dans des lois fédérales.

Le juge en chef Clarke a conclu en outre que le par. 35(1) énonçait la reconnaissance constitutionnelle de la priorité des autochtones en matière de pêche et que le règlement, du fait qu'il ne garantissait pas cette priorité, violait cette disposition constitutionnelle. Il dit, aux pp. 340 et 341:

> [TRADUCTION] Quoiqu'il importe au plus haut degré de comprendre que les droits conférés aux appelants par le par. 35(1) ne sont pas absolus, le règlement contesté pêche par l'omission de reconnaître que ce paragraphe accorde aux appelants la priorité dans la répartition de tout surplus de poisson ainsi que l'accès en priorité à ce surplus après qu'ont été pris en considération les besoins en matière de conservation. Appliqué aux présents appels, le paragraphe 35(1) accorde aux appelants le

1990 CanLII 104 (SCC)

surplus exists. To the extent that the regulatory scheme fails to recognize this, it is inconsistent with the Constitution. Section 52 mandates a finding that such regulations are of no force and effect.

In light of this approach, the argument that the cases of *R. v. Hare and Debassige*, *supra*, and *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), stand for the proposition that s. 35(1) provides no basis for restricting the power to regulate must be rejected, as was done by the Court of Appeal below. In *Hare and Debassige*, which addressed the issue of whether the *Ontario Fishery Regulations*, C.R.C. 1978, c. 849, applied to members of an Indian Band entitled to the benefit of the Manitoulin Island Treaty which granted certain rights with respect to taking fish, Thorson J.A. emphasized the need for priority to be given to measures directed to the management and conservation of fish stocks with the following observation (at p. 17):

> Since 1867 and subject to the limitations thereon imposed by the Constitution, which of course now includes s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the constitutional authority and responsibility to make laws in relation to the fisheries has rested with Parliament. Central to Parliament's responsibility has been, and continues to be, the need to provide for the proper management and conservation of our fish stocks, and the need to ensure that they are not depleted or imperilled by deleterious practices or methods of fishing.

The prohibitions found in ss. 12 and 20 of the Ontario regulations clearly serve this purpose. Accordingly, it need not be ignored by our courts that while these prohibitions place limits on the rights of all persons, they are there to serve the larger interest which all persons share in the proper management and conservation of these important resources.

In *Eninew*, Hall J.A. found, at p. 368, that "the treaty rights can be limited by such regulations as are reasonable". As we have pointed out, management and conservation of resources is indeed an important and valid legislative objective. Yet, the fact that the objective is of a "reasonable" nature cannot suffice as constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights. Rather, the regu-

droit de pêcher dans les eaux en cause pour répondre à leurs besoins alimentaires lorsqu'il existe un surplus. Dans la mesure où le règlement ne reconnaît pas cela, il est incompatible avec la Constitution. L'article 52 requiert qu'un tel règlement soit déclaré inopérant.

Compte tenu de ce point de vue, l'argument voulant que les arrêts *R. v. Hare and Debassige*, précité, et *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), établissent que le par. 35(1) ne justifie aucunement la restriction du pouvoir réglementaire doit être rejeté, comme l'a fait la Cour d'appel en l'espèce. Dans l'arrêt *Hare and Debassige*, où l'on aborde la question de savoir si le *Règlement de pêche de l'Ontario*, C.R.C. 1978, ch. 879, s'applique aux membres d'une bande indienne visée par le traité de l'île Manitoulin, qui est attributif de certains droits relatifs à la prise de poissons, le juge Thorson souligne la nécessité de donner la priorité aux mesures de gestion et de conservation des stocks de poisson en faisant remarquer (à la p. 17):

> [TRADUCTION] Depuis 1867 et sous réserve des restrictions imposées par la Constitution qui, bien entendu, comprend maintenant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le pouvoir et la responsabilité constitutionnels de légiférer en matière de pêcheries reviennent au Parlement. La nécessité d'assurer la saine gestion et conservation de nos stocks de poisson ainsi que la nécessité de veiller à ce qu'ils ne soient réduits et que leur existence ne soit pas compromise par des pratiques ou des méthodes de pêche délétères, ont constitué, et constituent encore, des aspects fondamentaux de la responsabilité du Parlement à cet égard.

Les interdictions énoncées aux art. 12 et 20 du règlement ontarien servent manifestement cette fin. Par conséquent, il est loisible à nos tribunaux de tenir compte du fait que, si ces interdictions imposent des restrictions aux droits de tous, leur raison d'être est de servir l'intérêt plus général qu'a tout le monde à ce qu'il y ait une saine gestion et conservation de ces ressources importantes.

Dans l'arrêt *Eninew*, le juge Hall de la Cour d'appel conclut, à la p. 368, que [TRADUCTION] «les droits issus de traités peuvent être limités par une réglementation raisonnable». Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif important et régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit «raisonnable» ne saurait suffire

1990 CanLII 104 (SCC)

lations enforced pursuant to a conservation or management objective may be scrutinized according to the justificatory standard outlined above.

We acknowledge the fact that the justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. The constitutional entitlement embodied in s. 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority. The objective of this requirement is not to undermine Parliament's ability and responsibility with respect to creating and administering overall conservation and management plans regarding the salmon fishery. The objective is rather to guarantee that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

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.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians.

comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut.

Nous reconnaissons que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'usagers. Le droit constitutionnel énoncé au par. 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité. Cette exigence ne vise pas à miner la capacité et la responsabilité du Parlement de créer et d'administrer des plans globaux de conservation et de gestion concernant la pêche au saumon. L'objectif est plutôt de garantir que ces plans réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

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.

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

1990 CanLII 104 (SCC)

Application to this Case—Is the Net Length Restriction Valid?

The Court of Appeal below found that there was not sufficient evidence in this case to proceed with an analysis of s. 35(1) with respect to the right to fish for food. In reviewing the competing expert evidence, and recognizing that fish stock management is an uncertain science, it decided that the issues at stake in this appeal were not well adapted to being resolved at the appellate court level.

Before the trial, defence counsel advised the Crown of the intended aboriginal rights defence and that the defence would take the position that the Crown was required to prove, as part of its case, that the net length restriction was justifiable as a necessary and reasonable conservation measure. The trial judge found s. 35(1) to be inapplicable to the appellant's defence, based on his finding that no aboriginal right had been established. He therefore found it inappropriate to make findings of fact with respect to either an infringement of the aboriginal right to fish or the justification of such an infringement. He did, however, find that the evidence called by the appellant "[c]asts some doubt as to whether the restriction was necessary as a conservation measure. More particularly, it suggests that there were more appropriate measures that could have been taken if necessary; measures that would not impose such a hardship on the Indians fishing for food. That case was not fully met by the Crown."

According to the Court of Appeal, the findings of fact were insufficient to lead to an acquittal. There was no more evidence before this Court. We also would order a re-trial which would allow findings of fact according to the tests set out in these reasons.

The appellant would bear the burden of showing that the net length restriction constituted a *prima facie* infringement of the collective aboriginal right

Application à la présente affaire—La limitation de la longueur des filets est-elle valide?

La Cour d'appel a conclu en l'espèce à l'absence d'éléments de preuve suffisants pour permettre de procéder à une analyse du par. 35(1) dans le contexte du droit de pêcher à des fins de subsistance. Après avoir examiné les témoignages contradictoires des experts et reconnaissant que la gestion des stocks de poisson est une science approximative, on a jugé que les questions en litige se prêtaient mal à une décision d'une cour d'appel.

Avant le procès, l'avocat de la défense a prévenu le ministère public de son intention d'invoquer les droits ancestraux comme moyen de défense et lui a fait savoir que la position de la défense serait qu'il incombait au ministère public de prouver que la restriction imposée quant à la longueur des filets était justifiable à titre de mesure de conservation nécessaire et raisonnable. Le juge de première instance a décidé que le par. 35(1) était inapplicable au moyen de défense soulevé par l'appelant, vu sa conclusion qu'on n'avait pas établi l'existence d'un droit ancestral. Il a en conséquence décidé qu'il ne convenait pas de tirer des conclusions de fait relativement à une atteinte possible au droit de pêche ancestral ou à la justification d'une telle atteinte. Il a toutefois estimé que la preuve produite par l'appelant [TRADUCTION] «[l]aisse planer des doutes quant à savoir si la restriction s'imposait à titre de mesure de conservation. Plus particulièrement, elle laisse entendre qu'il existait des mesures plus appropriées qui auraient pu être prises au besoin, des mesures qui seraient moins rigoureuses pour les Indiens qui pêchent à des fins de subsistance. C'est là une preuve qui n'a pas été pleinement réfutée par le ministère public.»

D'après la Cour d'appel, les conclusions de fait étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Il n'y avait pas plus d'éléments de preuve devant notre Cour. Nous sommes également d'avis d'ordonner un nouveau procès qui permettrait de tirer des conclusions de fait conformément aux critères énoncés dans les présents motifs.

Il incomberait à l'appelant de démontrer que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit

1990 CanLII 104 (SCC)

to fish for food. If an infringement were found, the onus would shift to the Crown which would have to demonstrate that the regulation is justifiable. To that end, the Crown would have to show that there is no underlying unconstitutional objective such as shifting more of the resource to a user group that ranks below the Musqueam. Further, it would have to show that the regulation sought to be imposed is required to accomplish the needed limitation. In trying to show that the restriction is necessary in the circumstances of the Fraser River fishery, the Crown could use facts pertaining to fishing by other Fraser River Indians.

In conclusion, we would dismiss the appeal and the cross-appeal and affirm the Court of Appeal's setting aside of the conviction. We would accordingly affirm the order for a new trial on the questions of infringement and whether any infringement is nonetheless consistent with s. 35(1), in accordance with the interpretation set out here.

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

Question — Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Answer — This question will have to be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance. Si on concluait à l'existence d'une atteinte, le fardeau de la preuve passerait au ministère public qui devrait alors démontrer que le règlement est justifiable. Pour ce faire, il lui faudrait prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent, comme celui d'attribuer une part plus importante de la ressource en question à un groupe d'usagers qui prend rang après les Musqueams. Il lui faudrait en outre démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise. En tentant d'établir que cette restriction s'imposait dans les circonstances de la pêche sur le fleuve Fraser, le ministère public pourrait se servir de faits relatifs à la pêche par d'autres Indiens du fleuve Fraser.

En conclusion, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et de confirmer l'annulation de la déclaration de culpabilité, prononcée par la Cour d'appel. En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer l'ordonnance de nouveau procès quant à la question de l'atteinte et à celle de savoir si une atteinte est néanmoins compatible avec le par. 35(1), conformément à l'interprétation exposée dans les présents motifs.

Pour les motifs que nous venons d'exposer, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question — La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et à la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse — Cette question devra être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Procureurs de l'appelant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

1990 CanLII 104 (SCC)

Solicitors for the respondent: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.

Solicitors for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitors for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.

Solicitors for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union: Rankin & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Deputy Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations: Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: Mawhinney & Kellough, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés: Rankin & Company, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

1990 CanLII 104 (SCC)