

George Weldon Adams *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of
Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. V. ADAMS

File No.: 23615.

1995: December 5; 1996: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Aboriginal rights — Native fishing on traditional fishing area without a licence — Licence only available on application for exercise of ministerial discretion — Title alleged to be extinguished either by flooding or by treaty — Whether aboriginal rights are inherently based in claims to land — Whether claims to land are simply one manifestation of a broader-based concept of aboriginal rights — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1), 5(9) — Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Appellant, a Mohawk, was charged with fishing without a licence on Lake St. Francis, Quebec, contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*. A licence was unavailable under those regulations. A special licence issued under ministerial permit authorizing native persons to fish for food may have been available under s. 5(9) but appellant did not apply for such permission. The appellant was convicted at trial and this conviction was upheld on appeal to the Quebec Superior Court and on further appeal to the Quebec Court of Appeal. The constitutional question before this Court queried whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* was of no force or effect with respect to the appellant in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of his aboriginal rights under s. 35 of the *Consti-*

George Weldon Adams *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du
Canada *Intervenant*

RÉFÉRIORÉ: R. c. ADAMS

N° du greffe: 23615.

1995: 5 décembre; 1996: 3 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtone pêchant sans permis dans une zone de pêche traditionnelle — Pour obtenir un permis, il faut demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire — Le titre aurait été éteint soit par traité soit par suite de la submersion des terres visées — Les droits ancestraux se rattachent-ils intrinsèquement à la revendication d'un territoire? — Les revendications territoriales ne sont-elles que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852, art. 4(1), 5(9) — Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

L'appelant, un Mohawk, a été accusé d'avoir pêché sans permis dans le lac Saint-François, au Québec, en contravention du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*. Il n'était pas possible de se procurer de permis en vertu de ce règlement. Cependant, les autochtones peuvent, en vertu du par. 5(9), obtenir du ministre un permis spécial les autorisant à pêcher pour se nourrir, mais l'appelant n'a pas demandé cette autorisation. Au terme du procès, l'appelant a été déclaré coupable. Cette déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour supérieure du Québec d'abord, puis par la Cour d'appel du Québec. La question constitutionnelle devant notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* était inopérant en ce qui concerne l'appelant, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

tution Act, 1982. The fundamental issue was whether aboriginal rights are inherently based in claims to land, or whether claims to land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Claims to land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights. While claims to aboriginal title fall within the conceptual framework of aboriginal rights, aboriginal rights do not exist solely where a claim to aboriginal title has been made out. Where an aboriginal group has shown that a particular practice, custom or tradition taking place on the land was integral to the distinctive culture of that group then, even if they have not shown that their occupation and use of the land was sufficient to support a claim of title to the land, they will have demonstrated that they have an aboriginal right to engage in that practice, custom or tradition. The *Van der Peet* test protects activities which were integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right; it does not require that that group satisfy the further hurdle of demonstrating that their connection with the piece of land on which the activity was taking place was of a central significance to their distinctive culture sufficient to make out a claim to aboriginal title to the land. *R. v. Van der Peet* establishes that s. 35 recognizes and affirms the rights of those peoples who occupied North America prior to the arrival of the Europeans; that recognition and affirmation is not limited to those circumstances where an aboriginal group's relationship with the land is of a kind sufficient to establish title to the land.

Aboriginal rights cannot be inexorably linked to aboriginal title given that some aboriginal peoples were nomadic. Nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures. The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) should not be understood or defined in a manner which excludes some of those that the provision was intended to protect. Moreover, some aboriginal peoples varied the location of their settlements both before and after contact, but this in no way subtracts

en raison de ses droits ancestraux, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question fondamentale est de savoir si les droits ancestraux se rattachent intrinsèquement à la revendication d'un territoire, ou si les revendications territoriales ne sont qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux.

Arrêt. Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major. Les revendications territoriales ne sont qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux. Même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux, ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone a démontré qu'une coutume, une pratique ou une tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Le critère établi dans *R. c. Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause; il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire. L'arrêt *Van der Peet* établit que l'art. 35 reconnaît et confirme les droits des peuples qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens, et que cette reconnaissance et cette confirmation ne se limitent pas uniquement aux circonstances où le groupe autochtone entretient avec le territoire visé des rapports suffisants pour établir l'existence d'un titre sur celui-ci.

Les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène puisque certains peuples autochtones étaient nomades. Les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne devraient pas être interprétés ou définis d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger. En outre, tant avant qu'après le contact avec les Européens, certains peuples

from the fact that, wherever they were settled, prior to contact some aboriginal peoples engaged in practices, customs or traditions on the land which were integral to their distinctive culture.

The recognition that aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights should not create the impression that the fact that some aboriginal rights are linked to land use or occupation is unimportant. Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site-specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

For the reasons developed in *R. v. Côté*, notwithstanding the fact that the French Crown may never have formally recognized any legal right of the Mohawks to fish in Lake St. Francis, the status of aboriginal rights under French colonial law does not defeat a claim under s. 35(1). The purpose of the entrenchment of s. 35(1) was to extend constitutional protection to the practices, customs and traditions central to the distinctive culture of aboriginal societies prior to contact with Europeans. If the exercise of such practices, customs and traditions effectively continued following contact in the absence of specific extinguishment, such practices, customs and traditions are entitled to constitutional recognition subject to the infringement and justification test outlined in *R. v. Sparrow* and *R. v. Gladstone*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued following the arrival of Europeans, but in the absence of the formal gloss of legal recognition from the European colonizers, should not undermine the protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which received the legal approval of British and French colonizers.

autochtones changeaient l'emplacement de leurs établissements, mais cela n'enlève rien au fait que, peu importe où ils se sont établis avant ou après le contact avec les Européens, certains peuples autochtones observaient sur le territoire en question, avant ce contact, des coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

Le fait de reconnaître que le titre aborigène est simplement une manifestation de la doctrine des droits ancestraux ne devrait pas créer l'impression que le fait que certains droits ancestraux soient liés à l'utilisation ou à l'occupation d'un territoire n'est pas important. En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

Pour les motifs exposés dans *R. c. Côté*, malgré le fait que la Couronne française puisse n'avoir jamais formellement reconnu aux Mohawks quelque droit légal de pêcher dans le lac Saint-François, le statut des droits ancestraux en vertu du droit colonial français ne fait pas obstacle à une revendication fondée sur le par. 35(1). L'objet de la constitutionnalisation des droits visés au par. 35(1) était d'étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones avant le contact avec les Européens. Si l'exercice de ces coutumes, pratiques et traditions s'est effectivement poursuivi après le contact, en l'absence d'extinction spécifique, ces coutumes, pratiques et traditions ont droit à cette protection sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification énoncés dans *R. c. Sparrow* et dans *R. c. Gladstone*. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par les colonisateurs européens, ne doit pas saper la protection accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé si cette disposition ne protégeait que les caractéristiques déterminantes qui ont été reconnues légalement par les colonisateurs français et britanniques.

The appellant demonstrated that fishing in Lake St. Francis was an element of a practice, custom or tradition integral to his people's distinctive culture and so met the *Van der Peet* test. First, the claim, which was supported by the evidence, was best characterized as one for the right to fish for food in Lake St. Francis. The appellant's essential challenge was to the prohibition of food fishing. Second, fishing for food in Lake St. Francis was a central, significant or defining feature of the Mohawk's distinctive culture. This Court normally relies on the trial judge's findings in making this determination. Here, however, the trial judge, while coming to a clear legal determination, did not articulate a clear finding of fact. The evidence, therefore, was considered to arrive at the finding of fact that the Mohawks had exercised a right to fish for food in Lake St. Francis and the St. Lawrence River from before contact, which was established to be in 1603. The continuity required under the *Van der Peet* test between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today was demonstrated.

A "clear and plain intention" must be proved by the Crown to establish that an aboriginal right has been extinguished. Although flooding the fishing area in 1845 and the signing of a surrender agreement concerning land in 1888 may have demonstrated a clear and plain intention in the Crown to extinguish any aboriginal title to the lands of the fishing area, neither event demonstrated a clear and plain intention to extinguish the appellant's aboriginal right to fish for food in the fishing area.

The nature of the impact on the appellant's rights from the operation of the provision must be determined, taking into account the broader regulatory scheme of which the provision is a part. Here, the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food was only exercisable at the discretion of the Minister. This scheme did not meet the test for infringement laid down in *Sparrow*. The scheme imposed undue hardship on the appellant and interfered with his preferred means of exercising his rights. The appellant's aboriginal rights were also infringed in that the regulations did not provide sufficient direction to those exercising the discre-

L'appellant a démontré que la pêche dans le lac Saint-François est un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de son peuple, et il a ainsi satisfait au critère énoncé dans *Van der Peet*. Premièrement, la meilleure façon de caractériser la revendication, qui était étayée par la preuve, est de dire que l'appellant revendique le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. La contestation principale de l'appellant visait l'interdiction de pêcher à des fins alimentaires. Deuxièmement, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le lac Saint-François était une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Mohawks. Pour trancher cette question, notre Cour s'en remet habituellement aux conclusions de fait du juge du procès. En l'espèce, toutefois, même si le juge du procès a tiré une conclusion de droit claire, il n'a pas énoncé clairement les conclusions de fait sur lesquelles il se fondait. En conséquence, il a été jugé que la preuve permettait de tirer la conclusion de fait que les Mohawks avaient exercé un droit de pêche à des fins alimentaires dans le lac Saint-François et dans le fleuve Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, moment qui a été situé en 1603. La continuité requise par le critère énoncé dans *Van der Peet* entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition qui fait partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée a été établie.

Pour établir l'extinction d'un droit ancestral, le ministre public doit apporter la preuve d'une «intention claire et expresse» en ce sens. Bien que la submersion de la zone de pêche en 1845 et la signature de l'accord de cession en 1888 puissent permettre de démontrer l'intention claire et expresse de la Couronne d'éteindre tout titre aborigène sur les terres de la zone de pêche, aucun de ces événements ne démontre que la Couronne avait l'intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral de l'appellant de pêcher pour se nourrir dans cette zone.

Il faut déterminer la nature des répercussions de l'application de la disposition réglementaire sur les droits de l'appellant, tout en tenant compte du régime de réglementation plus large dans lequel s'inscrit cette disposition. En l'espèce, l'appellant ne peut exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir qu'à la discrétion du ministre. Ce régime ne satisfait pas au critère établi dans *Sparrow*. Le régime est indûment rigoureux envers l'appellant et lui refuse le recours à son moyen préféré d'exercer ses droits. Il y a aussi atteinte aux droits ancestraux de l'appellant en ce que le règlement ne donne pas de directives suffisantes à ceux qui exercent

tion to fulfil the Crown's fiduciary duties to the aboriginal peoples.

This infringement was not justified. It did not (1) take place pursuant to a compelling and substantial objective and (2) was not consistent with the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples. To be justifiable, limits on the aboriginal rights protected by s. 35(1) must be informed by the same purposes underlying their constitutional entrenchment: (1) recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples, and (2) reconciliation of this prior occupation with the assertion of Crown sovereignty. Measures aimed at conservation can limit aboriginal rights because they clearly accord with both purposes. Those aimed at enhancing sports fishing *per se*, however, accord with neither purpose and therefore cannot be a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). Furthermore, the scheme failed to provide the requisite priority to the aboriginal right to fish for food and so did not meet the second part of the test for justification. The right to fish for food, as opposed to the right to fish commercially, is a right which should be given first priority after conservation concerns are met.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of Lamer C.J. were generally agreed with subject to comments about the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, and about the proper approach to the definition of the nature and extent of aboriginal rights.

Aboriginal rights can exist independently of aboriginal title. The doctrine of aboriginal rights is not solely concerned with land but covers all aboriginal interests arising out of the native peoples' historic occupation and use of ancestral lands. Aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be: they are severable from and can exist independently of aboriginal title. The strict conditions for recognition of aboriginal title at common law are not applicable when a claimant does not seek the broadest right to occupy and use a tract of land but rather only the limited right to fish upon it. In such cases, the only requirements are those set out in *Van der Peet* regarding the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

le pouvoir discrétionnaire, de façon à ce qu'ils s'acquittent des obligations de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

Cette atteinte n'est pas justifiée. Elle ne (1) découle pas de la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel, et (2) elle n'est pas compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. Les limites imposées aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent, pour être justifiables, respecter les objectifs visés par la décision de constitutionnaliser ces droits: (1) la reconnaissance du fait que les peuples autochtones occupaient déjà l'Amérique du Nord, et (2) la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. Des mesures visant la conservation des ressources peuvent limiter des droits ancestraux parce qu'elles sont manifestement compatibles avec ces deux objectifs. Cependant, les mesures qui visent la mise en valeur de la pêche sportive ne sont compatibles avec aucun des deux objectifs et ne peuvent en conséquence constituer un objectif impérieux et réel pour l'application du par. 35(1). En outre, le régime ne respecte pas le second volet du critère relatif à la justification, car il n'accorde pas la priorité requise au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Contrairement au droit de pêcher commercialement, le droit de pêcher à des fins alimentaires est un droit qui doit se voir accorder la priorité, une fois qu'il a été tenu compte des besoins en matière de conservation.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord substantiel avec les motifs du juge en chef Lamer, sous réserve de commentaires concernant le rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène et la façon dont doivent être définies la nature et l'étendue des droits ancestraux.

Les droits ancestraux peuvent exister indépendamment du titre aborigène. La doctrine des droits ancestraux ne vise pas uniquement les terres mais aussi tous les intérêts ancestraux découlant de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales. Les droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais non nécessairement; ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci. Les conditions strictes de reconnaissance d'un titre aborigène en common law ne s'appliquent pas dans les cas où l'appelant sollicite non pas le droit plus général d'occuper et d'utiliser une parcelle de terre, mais uniquement le droit restreint d'y pêcher. Dans ces cas, les seules exigences applicables sont celles qui ont été énoncées dans *Van der Peet* relativement à la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) should be determined by reference to the historic occupation and use of ancestral lands by the natives which is the rationale of the doctrine of aboriginal rights. Constitutionally recognized aboriginal practices, customs and traditions must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people and must have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. A "frozen rights" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted.

The Mohawks* aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis is protected under s. 35(1) because they have fished for food on the tract of land in question in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization for a substantial and continuous period of time. This right, which was not extinguished by a "clear and plain intention" of the Government, **was infringed by the Quebec Fishery Regulations**. The restriction was not justified under the *Sparrow* test.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Colder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518.

La nature et l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) devraient être déterminées en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c'est-à-dire l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. Les coutumes, pratiques et traditions autochtones constitutionnellement reconnues doivent être suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et elles doivent avoir fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive de ce groupe pendant une période considérable et ininterrompue. Il ne faut pas adopter une approche fondée sur la notion de «droits figés» et axée sur les pratiques autochtones.

Le droit ancestral de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François que possèdent les Mohawks est protégé par le par. 35(1) puisque les Mohawks ont pêché pour se nourrir sur la parcelle de terre en cause d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte à ce droit, qui n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» en ce sens par le gouvernement. Une telle restriction n'est pas justifiée suivant le critère établi dans *Sparrow*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 CF. 518.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1)
[rep. & sub. SOR/82-320, s. 3], 5(9) [ad. SOR/81-
660, s. 2(2)].
Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II,
No. 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1011, [1993] 3 C.N.L.R. 98, 55 Q.A.C. 19, dismissing an appeal from a judgment of Paul J., [1985] 4 C.N.L.R. 39, dismissing an appeal from conviction by Barrette Ct. S.P.J., [1985] 4 C.N.L.R. 123. Appeal allowed.

James O'Reilly, Peter W. Hutchins, Chantai Chatelain, Diane H. Soroka and Martha Montour, for the appellant.

René Morin and Pierre Lachance, for the respondent

Jean-Marc Aubry, Q.C., and Richard Boivin, for the intervener.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

This appeal and the appeal of *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, have been released simultaneously and should be read together in light of the closely related issues raised by both cases.

The appellant, a Mohawk, was charged with the regulatory offence of fishing without a licence in Lake St. Francis in the St. Régis region of Quebec. He challenges his conviction on the basis that he was exercising an aboriginal right to fish as recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In resolving this appeal and the appeal in *Côté*, this Court must answer the question of whether

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
Règlement de pêche du Québec, C.R.C., ch. 852,
art. 4(1) [abr. & rempl. DORS/82-320, art. 3], 5(9)
[aj. DORS/81-660, art. 2(2)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1011, [1993] 3 C.N.L.R. 98, 55 Q.A.C. 19, qui a rejeté l'appel formé contre la décision du juge Paul, [1985] 4 C.N.L.R. 39, qui avait rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Barrette de la Cour des sessions de la paix, [1985] 4 C.N.L.R. 123. Pourvoi accueilli.

James O'Reilly, Peter W. Hutchins, Chantai Chatelain, Diane H. Soroka et Martha Montour, pour l'appellant.

René Morin et Pierre Lachance, pour l'intimée.

Jean-Marc Aubry, c.r., et Richard Boivin, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi que le pourvoi *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, ont été rendus en même temps et doivent être lus en corrélation, compte tenu de la connexité des questions qu'ils soulèvent.

L'appellant, un Mohawk, a été accusé d'avoir pêché sans permis dans le lac Saint-François, dans la région de Saint-Régis au Québec. Il conteste la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, affirmant qu'il exerçait un droit de pêche ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pour trancher le présent pourvoi et le pourvoi *Côté*, notre Cour doit répondre à la question de

1

2

3

aboriginal rights are necessarily based in aboriginal title to land, so that the fundamental claim that must be made in any aboriginal rights case is to aboriginal title, or whether aboriginal title is instead one subset of the larger category of aboriginal rights, so that fishing and other aboriginal rights can exist independently of a claim to aboriginal title.

- 4 In the trilogy of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, this Court had opportunity to consider the question of the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). This case and *Côté* will require the application of the principles articulated in those cases to the question of the relationship between aboriginal title and the other aboriginal rights, particularly fishing rights, recognized and affirmed by s. 35(1). Furthermore, these two related appeals involve the claim of an aboriginal right to fish within the historical boundaries of New France. As such, this Court must answer the question of whether, under the principles of the *Van der Peet* trilogy, the constitutional protection of s. 35(1) extends to aboriginal practices, customs and traditions which may not have achieved legal recognition under the colonial regime of New France prior to the transition to British sovereignty in 1763.

H. Facts

- 5 The appellant, George Weldon Adams, is a Mohawk who lives on *the* St. Regis (Akwasasne) Reserve. He was charged with fishing for perch without a licence contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852.
- 6 The facts giving rise to this charge are not in dispute. On May 7, 1982 the appellant was fishing for perch in the marshes of the southwest portion of Lake St. Francis, a part of the St. Lawrence River approximately 95 km west of Montreal and some 15 km from a current Akwasasne village (the "fishing area"). He was fishing during the spawn-

savoir si les droits ancestraux sont nécessairement fondés sur un titre aborigène visant un territoire, de sorte que, dans toute affaire de droits ancestraux, la revendication fondamentale doit porter sur un titre aborigène, ou si un tel titre constitue plutôt une sous-catégorie de la catégorie plus générale des droits ancestraux, et donc que les droits ancestraux de pêche et autres droits du genre peuvent exister indépendamment de la revendication d'un titre aborigène.

Dans la trilogie *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la question de la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Il faudra, en l'espèce et dans *Côté*, appliquer les principes formulés dans ces arrêts à la question du rapport entre le titre aborigène et les autres droits ancestraux, particulièrement les droits de pêche, reconnus et confirmés par le par. 35(1). De plus, ces deux pourvois connexes mettent en jeu la revendication d'un droit de pêche ancestral à l'intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. En conséquence, la Cour doit répondre à la question de savoir si, en vertu des principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle du par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions qui n'auraient pas été reconnues en droit sous le régime colonial de la Nouvelle-France, avant la transition à la souveraineté britannique en 1763.

II. Les faits

L'appelant, George Weldon Adams, est un Mohawk qui habite la réserve de Saint-Régis (Akwasasne). D a été accusé d'avoir pêché la perchaude sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852.

Les faits ayant donné lieu à cette accusation ne sont pas contestés. Le 7 mai 1982, l'appelant a pêché la perchaude dans les marais de la portion sud-ouest du lac Saint-François, partie du fleuve Saint-Laurent située à environ 95 km à l'ouest de Montréal et à quelque 15 km de l'actuel village d'Akwasasne (la «zone de pêche»). L'appelant, qui

ing season and caught 300 pounds of perch with a seine net made of very fine mesh several hundred feet in length. The appellant was fishing without a licence; under the *Quebec Fishery Regulations* a licence was in fact unavailable, although under s. 5(9) of the Regulations he could have applied for an exercise of Ministerial discretion permitting him to fish for food. The appellant did not apply for such permission.

At the time at which the appellant was charged ss. 4(1) and 5(9) of the *Quebec Fishery Regulations* provided:

4. (1) Subject to subsections (2), (3), (7.1), (18), and (20), no person shall fish unless he is the holder of a licence described in Schedule HI.

5

(9) The Minister may issue to an Indian or an Inuk, to a band of Indians or to an Inuit group, a special licence permitting, subject to conditions set out therein, the catching of fish for food.

The appellant was convicted at trial. This conviction was upheld on appeal to the Quebec Superior Court and on further appeal to the Quebec Court of Appeal, Rothman J.A. dissenting.

III. Judgments Below

Court of Sessions of the Peace, [1985] 4 C.N.L.R. 123

At trial the appellant argued that in fishing for perch in Lake St. Francis he was acting pursuant to an aboriginal right existing either because of the aboriginal title of the Mohawks to the fishing area or because the Mohawks have a free-standing aboriginal right to fish in the fishing area. The appellant argued, further, that the *Quebec Fishery Regulations* constituted an unjustified infringement of this right and that, as such, they were in violation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and must be held to be of no force or effect by virtue of the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

pêchait pendant la période de frai, a capturé 300 livres de perchaude. Il utilisait une seine fait de mailles très serrées et mesurant plusieurs centaines de pieds de longueur. L'appelant pêchait sans permis. De fait, il n'était pas possible de se procurer de permis en vertu du *Règlement de pêche du Québec*, l'appelant aurait cependant pu, en vertu du par. 5(9) du Règlement, demander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour l'autoriser à pêcher pour se nourrir. L'appelant n'a pas demandé cette autorisation.

Lorsque l'appelant a été accusé, les par. 4(1) et 5(9) du *Règlement de pêche du Québec* étaient ainsi rédigés:

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2), (3), (7.1), (18) et (20), il est interdit de pêcher à moins d'être titulaire d'un permis visé à l'annexe m.

5 _____

(9) Le Ministre peut, par un permis spécial dans lequel il détermine les conditions, autoriser un Indien ou un Inuk, une bande d'Indiens ou un groupe d'Inuit à prendre du poisson pour se nourrir.

Au terme du procès, l'appelant a été déclaré coupable. Cette déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour supérieure du Québec d'abord, puis par la Cour d'appel du Québec, le juge Rothman étant dissident.

III. Juridictions inférieures

La Cour des sessions de la paix (Beauharnois), n° 760-27-004079-82

Au procès, l'appelant a soutenu que, lorsqu'il pêchait la perchaude dans le lac Saint-François, il exerçait un droit ancestral existant, soit en raison du titre aborigène des Mohawks sur la zone de pêche, soit parce que ceux-ci possèdent un droit de pêche ancestral autonome dans la zone de pêche. L'appelant a également prétendu que le *Règlement de pêche du Québec* constituait une atteinte injustifiée à ce droit et que, de ce fait, il violait le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et devait être déclaré inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

7

8

9

10

Barrette Ct. S.P.J. at p. 128 made the following findings of fact with regards to the presence of the Mohawks, whom he found to be one of the Five Nations of the Iroquois, in the region of the fishing area:

[TRANSLATION] History teaches that the Iroquois as such occupied the two banks of the St. Lawrence between Montreal and Québec at the time of the arrival of Jacques Cartier. They were no longer there when Champlain arrived.

The Mohawks, one of the five (5) Iroquois nations, frequented the territory situated on the banks of the St. Lawrence upstream of Montreal and they controlled the river towards the west around 1615, and this area comprised at least part of their hunting and fishing territory. They went to war in order to ensure the control of this area.

One fact is certain. In 1754, a group of Mohawks from the Caughnawaga Reserve established a permanent settlement on the two banks of the St. Lawrence River and the islands situated on the extreme western end of Lake St. Francis. This occupation took place with the knowledge of the French authorities of the time, even if no title was granted to them. . . .

11

Barrette Ct. S.P.J. held that these facts regarding the Mohawks' historical presence in the area supported the appellant's position that his ancestors had aboriginal title to the lands in question. He held further, however, that this title was extinguished prior to 1982 and that, as such, it could not support an incidental aboriginal right to fish in the waters in the area.

12

Barrette CL S.P.J. noted that in 1845 the water level in the St. Lawrence River was raised owing to the construction of the Beauharnois canal. The result of this rise in the water level was that the lands of the fishing area were submerged. Barrette Ct. S.P.J. also noted that in 1888 an agreement for the cession of land, including the fishing area, was entered into by the Mohawks, although the Mohawks contested this cession immediately upon its taking effect and continue to dispute its validity. Barrette Ct. S.P.J. held that it was unnecessary to consider whether the 1888 cession was valid. He held at p. 135 that the submersion of the land was

Le juge Barrette a tiré les conclusions de fait qui suivent, relativement à la présence des Mohawks dans la région où est située la zone de pêche, Mohawks qui, a-t-il conclu, forment une des nations de la ligue iroquoise des Cinq-Nations:

L'histoire enseigne que les Iroquois comme tels occupaient les deux rives du St-Laurent, entre Montréal et Québec au moment de l'arrivée de Jacques-Cartier. Ils n'étaient plus là à l'arrivée de Champlain.

Les Mohawks, une des cinq (5) nations iroquoises, fréquentaient le territoire situé sur les rives du St-Laurent en amont de Montréal et ils contrôlaient le fleuve vers l'ouest vers les années 1615, cela faisait, à tout le moins, partie de leur territoire de chasse et de pêche. Ils guerroyaient pour en assurer la maîtrise.

Un fait est certain. En 1754, un groupe de Mohawks provenant de la Réserve de Caughnawaga s'établissait en permanence sur les deux (2) rives du fleuve St-Laurent et les îles situées à l'extrémité ouest du Lac St-François. Cette occupation s'est faite à la connaissance des autorités françaises de l'époque, même si aucun titre ne leur fut octroyé.

Le juge Barrette a conclu que ces faits relatifs à la présence historique des Mohawks dans la région appuyaient la position de l'appelant que ses ancêtres possédaient un titre aborigène sur les terres en question. Cependant, il a également statué que ce titre avait été éteint avant 1982 et qu'il ne pouvait donc pas étayer l'existence d'un droit de pêche ancestral accessoire dans les eaux en cause.

Le juge Barrette a signalé que, en 1845, le niveau des eaux du fleuve Saint-Laurent avait été élevé par suite de la construction du canal de Beauharnois. En raison de l'élévation du niveau des eaux, les terres de la zone de pêche ont été submergées. Le juge Barrette a aussi souligné que, en 1888, les Mohawks avaient conclu un accord de cession de terres, incluant la zone de pêche, cession qu'ils ont contestée dès sa prise d'effet et dont ils continuent de contester la validité. Le juge Barrette a statué qu'il était inutile de se demander si la cession de 1888 était valide. Il a statué que la submersion des terres suffisait à éteindre tout titre

sufficient to extinguish any aboriginal title to the disputed lands; upon submersion aboriginal title passed to the Crown because the beds of all navigable rivers are Crown lands:

[TRANSLATION] This marsh is no longer part of Dundee Lands. And if the riparian landholders at one time could have asserted some right of ownership on some part, the Crown has long ago prescribed this right since the bed of a navigable river is part of the public domain.

Barrette Ct. S.P.J. went on, at pp. 139-40, to hold that while the Mohawks' aboriginal title to the lands had been extinguished, the facts were sufficient to demonstrate that the Mohawks had a free-standing aboriginal right to fish in Lake St. Francis:

[TRANSLATION] In addition to their rights over their lands, the Mohawks have always had and have always exercised a right of hunting and fishing on the St Lawrence River and in particular on Lake St. Francis in this part situated in the southwest area of this lake and where there are numerous islands and very vast marshes.

This was a hunting and fishing territory situated in the immediate neighbourhood of their village and which is part of an easily identifiable whole.

Barrette Ct. S.P.J. held that this right had not been extinguished.

Barrette Ct. S.P.J. nonetheless convicted the appellant. He did so on the basis that aboriginal fishing rights are not absolute; Parliament retains the power to regulate aboriginal fishing rights (at p. 140):

[TRANSLATION] This having been established, the exercise of this hunting and fishing right is not absolute. This right cannot be exercised without taking into account the laws which Parliament has legally adopted and applied in accordance with the Constitution.

The court considers that it is reasonable, in a free and democratic society, that the aboriginal right of the

aborigène sur les terres en litige. Au moment de la submersion des terres, le titre aborigène est passé à la Couronne, étant donné que le lit de tous les cours d'eau navigables constitue des terres domaniales:

Ces marais ne font plus partie des terres de Dundee. Et si les riverains ont déjà pu prétendre à un droit de propriété, sur quelque partie que ce soit, il y a longtemps que ce droit est prescrit à l'avantage de la Couronne, puisque le lit d'un fleuve ou rivière navigable fait partie du domaine public.

Le juge Barrette a ensuite conclu que, même si le titre aborigène des Mohawks sur les terres en question avait été éteint, les faits suffisaient à démontrer que les Mohawks possédaient un droit de pêche ancestral autonome dans le lac Saint-François:

En plus de leurs droits sur leurs terres, les Mohawks ont toujours eu et ont toujours exercé un droit de chasse et de pêche sur le fleuve St-Laurent et en particulier sur le Lac St-François, dans cette partie située au sud-ouest de ce lac où se trouvent de nombreuses îles et de très vastes marais.

Il s'est agi pour eux d'un territoire de chasse et de pêche situé dans le voisinage immédiat de leur village et qui fait partie d'un tout homogène facilement identifiable.

Le juge Barrette a statué que ce droit n'avait pas été éteint.

Le juge Barrette a néanmoins déclaré l'appelant coupable, pour le motif que les droits de pêche ancestraux ne sont pas absolus. Le Parlement conserve le pouvoir de les réglementer:

Ceci étant établi, l'exercice de ce droit de chasse et de pêche n'est pas un absolu et il ne peut pas s'exercer sans tenir compte des lois du Parlement légalement adoptées et applicables selon les dispositions de la Constitution.

La Cour considère qu'il est raisonnable, dans le cadre d'une société libre et démocratique, que le droit ances-

Mohawks to fish on the St. Lawrence River and Lake St. Francis is subject to the regulation provided for in the *Quebec Fishery Regulations*.

He noted in support of this conclusion that the licence only affects the manner of the exercise of the appellant's aboriginal right

Superior Court, [1985] 4 C.N.L.R. 39

15

The appellant was unsuccessful in his appeal to the Superior Court. Paul J. held that the appellant's ancestors had enjoyed aboriginal title to the fishing area under the terms of the *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, but that title was extinguished when, in 1888, the Mohawks ceded their title to the Crown. Further, Paul J. agreed at p. 49 with the trial judge that upon submersion of the lands in 1845 the aboriginal title held by the appellant's ancestors ceased to exist:

[TRANSLATION] Consequently, since these lands were surrendered in 1888 and since the court must consider this surrender as legal and valid, the Indians of St. Regis cannot claim an aboriginal right to fish based on the "Indian title" which they had on Dundee Lands in front of Lake St. Francis (the place where the offence was committed by appellant). Such a usufruct, although it once existed, no longer exists since 1888 because of the surrender.

Moreover, the weedbeds or marshes in front of these lands form part of Lake St. Francis, and are consequently part of the public domain from the shore and Indians cannot claim exclusive ownership or even any particular right whatsoever.

16

Paul J. agreed with Barrette Ct. S.P.J., however, that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, although his reasons for holding that they do so differed from those of Barrette Ct. S.P.J. Paul J. did not rely specifically on the Mohawks' traditional exploitation of the St. Lawrence fishery, but rather on the general importance of fishing to the life and survival of the Mohawks (at p. 50):

[TRANSLATION] I think that it cannot be doubted that Indians have an aboriginal right to hunt, fish and even to

tral des Mohawks de pêcher sur le fleuve St-Laurent et le lac St-François puisse être sujet à la réglementation [sic] prévue au *Règlement de pêche du Québec*.

Il a souligné, au soutien de sa conclusion, que le permis ne porte atteinte qu'à la manière dont le droit ancestral de l'appelant est exercé.

La Cour supérieure (Chambre criminelle) (Beauharnois), n° 760-36-000018-84

L'appelant n'a pas eu gain de cause en appel devant la Cour supérieure. Le juge Paul a statué que les ancêtres de l'appelant ont joui d'un titre aborigène sur la zone de pêche aux termes de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, mais que ce titre a été éteint lorsque les Mohawks l'ont cédé à la Couronne en 1888. En outre, le juge Paul a souscrit à l'opinion du juge du procès que le titre aborigène des ancêtres de l'appelant a cessé d'exister au moment de la submersion des terres en 1845:

En conséquence, comme ces terres ont été cédées en 1888 et que la Cour doit considérer cette cession comme légale et valable, les Indiens de Saint-Régis ne peuvent prétendre à un droit ancestral de pêche qui serait basé sur le «titre Indien» qu'ils avaient sur les Dundee Lands faisant face au Lac St-François (endroit de l'infraction commise par l'appelant). Un tel usufruit, bien qu'ayant déjà existé, n'existe plus depuis 1888, vu la cession.

De plus, les marais ou marécages en face de ces terres font partie du Lac St-François, ils sont donc du domaine public à partir de la rive, et il ne saurait être question pour les Indiens d'en réclamer une propriété exclusive ou même quelque droit particulier que ce soit.

Cependant, à l'instar du juge Barrette de la Cour des sessions de la paix, le juge Paul a conclu que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, quoique sa conclusion repose sur des motifs différents de ceux du juge Barrette. Le juge Paul ne s'est pas fondé explicitement sur l'exploitation traditionnelle de la pêcherie dans le Saint-Laurent, mais plutôt sur l'importance générale de la pêche pour la vie et la survie des Mohawks:

Je pense que l'on ne pourra mettre en doute que les Indiens ont un droit ancestral de chasse et de pêche et

trap for their livelihood. Fishing, hunting and trapping constitute traditionally and historically their means of subsistence and livelihood in the country which they have inhabited since well before 1763. And since 1763, they have continued up to a certain point and depending upon the usages and customs to live "by hunting, trapping and fishing".

In the result, Paul J. affirmed the appellant's conviction on the basis that the existence of this aboriginal right did not abrogate Parliament's powers to regulate fishing, with the result that the *Quebec Fishery Regulations* could not be said to have infringed the appellant's aboriginal rights.

Court of Appeal, [1993] 3 C.N.L.R. 98

Beauregard J.A. accepted Barrette Ct. S.P.J.'s findings of fact but held, at p. 110, that those facts were insufficient to support the appellant's claim that the Mohawks had "original" aboriginal title to the fishing area. The facts demonstrated only that the Mohawks occasionally exploited the lands in question; they did not indicate a sufficient presence in the region to support a claim to original aboriginal title:

[TRANSLATION] Even though, according to witness Bruce Trigger, the Mohawks fished and hunted in Lake Saint-François during the 17th and 18th centuries, I feel that those activities, which were carried out in an area two hundred miles away from their settlements south of Lake George, do not provide a sufficient basis to claim original Indian title, according to the criteria set forth in *Colder*.

Beauregard J.A. held, however, that s. 35(1) not only protects "original" aboriginal title to lands, of the sort contemplated by *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, but that s. 35(1) also protects both aboriginal title obtained as a concession for the ceding of original Indian title ("conceded" title) and title granted informally by the French prior to the *Royal Proclamation of 1763*. On the facts of this case he was willing to assume that the lands of the fishing area were occupied by the Mohawks in 1763 so as to fall within the Proclamation and, if unext-

même de trappage pour assurer leur survie. La pêche, la chasse et le trappage constituent traditionnellement et historiquement leur moyen de se nourrir et de vivre dans ce pays qu'ils habitaient bien avant 1763. Et depuis 1763, ils ont continué jusqu'à un certain point et dépendamment des us et coutumes, de vivre «en chassant, en trappant et en pêchant».

En conséquence, le juge Paul a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant, pour le motif que l'existence de ce droit ancestral ne supprimait pas les pouvoirs du Parlement de réglementer la pêche, et donc qu'il était impossible d'affirmer que le *Règlement de pêche du Québec* portait atteinte aux droits ancestraux de l'appellant.

La Cour d'appel, [1993] R.J.Q. 1011

Le juge Beauregard a accepté les conclusions de fait du juge Barrette, mais il a statué, à la p. 1021, que ces faits ne suffisaient pas à étayer la revendication de l'appellant portant que les Mohawks possédaient un titre aborigène «originaire» dans la zone de pêche. Les faits démontraient uniquement que les Mohawks exploitaient occasionnellement les terres en question, mais ils n'indiquaient pas une présence suffisante dans la région pour étayer la revendication d'un titre aborigène originaire:

Même si, selon le témoin Bruce Trigger, les Mohawks ont chassé et pêché dans le lac Saint-François aux XVII^e et XVIII^e siècles, je suis d'opinion que ces activités, entreprises dans un territoire situé à plus de deux cents (200) milles de leurs établissements au sud du lac George, ne sont pas suffisantes comme fondement d'un titre indien originaire suivant les critères de l'arrêt *Colder*.

Toutefois, le juge Beauregard a conclu que le par. 35(1) protège non seulement le type de titre aborigène «originaire» sur des terres envisagé dans l'arrêt *Colder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, mais qu'il protège également et les titres aborigènes obtenus en tant que concession en échange d'un titre aborigène originaire (les titres «concedés») et les titres octroyés d'une façon informelle par les autorités françaises avant la *Proclamation royale de 1763*. À la lumière des faits de l'espèce, le juge Beauregard était disposé à présumer que les terres de la zone

17

18

inguished, within s. 35(1). He did not definitively resolve this question, however, because he held that even if aboriginal title did flow from the Proclamation, it was extinguished prior to 1982 either by the act of flooding the lands in 1845 or by the 1888 cession agreement.

19 Beauregard J.A. held that aboriginal fishing rights could not, absent a treaty, exist where there was no aboriginal title to land. Given his position that the appellant had not demonstrated existing aboriginal title of the Mohawks to the lands where he was fishing, Beauregard J.A. held that no aboriginal right to fish in the fishing area could exist.

20 Beauregard J.A. did state that if an aboriginal right to fish in Lake St. Francis had been demonstrated then s. 4(1) would not be enforceable against the appellant. Because the section amounts to a complete denial of aboriginal rights to fish in the area, it contravenes s. 35(1). The possibility of the exercise of ministerial discretion does not compensate for this complete denial.

21 Proulx J.A. concurred with Beauregard J.A. but wrote reasons explaining why aboriginal rights cannot exist where there has been no demonstration of the existence of aboriginal title. In Proulx J.A.'s view at p. 121 [TRANSLATION] "Indian title engenders rights, which vary according to the customs, culture, way of life and particular characteristics of each group as the years go by"; absent the existence of treaty rights, or aboriginal title, to an area, an aboriginal group cannot claim aboriginal rights to fish or hunt in that area. Proulx J.A. went on to hold, however, that if the appellant had been successful in demonstrating the existence of an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, s. 4(1) would have infringed that right because the evidence demonstrated that the policy of the government (at p. 127) [TRANSLATION] "essentially favours sport fishing, to the detriment of those

de pêche étaient occupées par les Mohawks en 1763, de sorte qu'elles étaient visées et par la Proclamation, et, si le titre n'était pas éteint, par le par. 35(1). Il n'a cependant pas tranché définitivement cette question, puisqu'il a conclu que même si un titre aborigène découlait bien de la Proclamation, ce titre avait été éteint avant 1982, soit par suite de la submersion des terres en 1845 soit par l'accord de cession de 1888.

Le juge Beauregard a conclu que, en l'absence de traité, il ne pouvait y avoir de droits de pêche ancestraux sans l'existence d'un titre aborigène sur le territoire visé. Comme il était d'avis que l'appellant n'avait pas établi que les Mohawks détenaient un titre aborigène existant sur les terres où il avait pêché, le juge Beauregard a statué qu'il ne pouvait exister de droit de pêche ancestral dans la zone de pêche.

Le juge Beauregard a effectivement dit que, si on démontrait l'existence d'un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le par. 4(1) ne serait pas opposable à l'appellant. Étant donné que ce paragraphe constitue un déni complet des droits de pêche ancestraux à cet endroit, il viole le par. 35(1). La possibilité pour le ministre d'exercer un pouvoir discrétionnaire à cet égard ne peut compenser pour un déni complet des droits en question.

Le juge Proulx a souscrit à l'opinion du juge Beauregard, mais il a rédigé des motifs expliquant pourquoi il ne peut y avoir de droits ancestraux si l'existence d'un titre aborigène n'est pas démontrée. De l'avis du juge Proulx, à la p. 1029, «[d]e ce titre [aborigène] découlent des droits qui varient selon les coutumes, la culture, le mode de vie et les faits particuliers de chacun des groupes au fil des temps». En l'absence de droits issus de traités ou de titre aborigène visant un territoire, un groupe autochtone ne peut prétendre y avoir des droits ancestraux de pêche ou de chasse. Cependant, le juge Proulx a poursuivi en concluant que, si l'appellant avait réussi à établir l'existence d'un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le par. 4(1) aurait alors porté atteinte à ce droit, car la preuve démontrait que la politique du gouvernement (à la p. 1033) «favorise essentiellement la

wanting to fish for food" and that (at p. 128) [TRANSLATION] "sport fishing is the major concern, after conservation".

Rothman J.A. dissented, holding that an aboriginal right to fish can exist independently of aboriginal title and that, in this case, the appellant had demonstrated that the Mohawks have an aboriginal right to fish in the fishing area. Rothman J.A. emphasized at p. 135 that in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court held that aboriginal rights are not traditional property rights but are rather "rights held by a collective and ... *in keeping with the culture and existence of that group*" (emphasis added by Rothman J.A.). He held, at pp. 135-36, that in order to demonstrate a right to fish in this case the appellant simply had to show that "their possession [of the fishing area] existed before the arrival of Europeans and their role and fishing activities in the area were substantial and of long duration. . . . We are not concerned here with a right of way but rather with a way of life". In this case, Rothman J.A. held at p. 136 that the facts as found by the trial judge were sufficient to demonstrate the existence of the Mohawks' aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis:

The evidence, as found by the trial judge and the Superior Court, establishes that, although the ancestors of the St. Regis Mohawks came originally from the region of Lake George in northern New York State, they hunted and fished in the upper St Lawrence, including Lake St. Francis, from at least 1603 and probably before then. According to Professor Trigger, the Mohawks effectively occupied and controlled this territory — they were unchallenged by other Indian tribes and the exercise of their ancestral rights was unopposed by the French. According to Professor Parent, they were here when the French arrived and had probably arrived between 1470 and 1490 A.D.

Rothman J.A. also held that there was nothing to suggest that, in 1888, when the Mohawks volunta-

pêche sportive, au détriment des personnes qui veulent pêcher pour se nourrir», et que «c'est la pêche sportive qui constitue la préoccupation majeure après la conservation».

Le juge Rothman, dissident, a conclu qu'un droit de pêche ancestral peut exister indépendamment du titre aborigène et que, en l'espèce, l'appellant avait démontré que les Mohawks possédaient un droit de pêche ancestral dans la zone de pêche. Le juge Rothman a souligné, à la p. 1038, que notre Cour a statué dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, que les droits ancestraux ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel mais plutôt des «droits qui appartiennent à un groupe et qui sont *en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe*» (italiques ajoutés par le juge Rothman). Le juge Rothman a conclu, aux pp. 1038 et 1039, que pour établir l'existence d'un droit de pêche en l'espèce l'appellant devait simplement démontrer que [TRADUCTION] «[les autochtones] avaient la possession [de la zone de pêche] avant l'arrivée des Européens et qu'ils y avaient, pendant une longue période, joué un rôle et exercé des activités de pêche considérables. [...] Nous ne sommes pas en présence, en l'espèce, d'un droit de passage mais plutôt d'un mode de vie». En l'espèce, le juge Rothman a statué, à la p. 1039, que les faits constatés par le juge du procès permettaient de démontrer l'existence du droit ancestral des Mohawks de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François:

[TRADUCTION] Les faits constatés par le juge du procès et par la Cour supérieure établissent que, même si les ancêtres des Mohawks de Saint-Régis sont initialement venus de la région du lac George dans le nord de l'État de New York, ils chassaient et pêchaient dans la région du haut Saint-Laurent, y compris dans le lac Saint-François, depuis au moins 1603 et probablement même avant. Selon le professeur Trigger, les Mohawks ont effectivement occupé et contrôlé ce territoire — et aucune autre tribu indienne n'a cherché à les en évincer, et ils ont exercé leurs droits ancestraux sans aucune opposition de la part des Français. Suivant le professeur Parent, ils étaient déjà ici à l'arrivée des Français, et ils étaient probablement arrivés entre 1470 et 1490 apr. J.-C.

Le juge Rothman a aussi conclu que rien ne tendait à indiquer que, en 1888, lorsqu'ils ont volontaire-

rily ceded the lands of the fishing area, they also intended to give up their aboriginal rights to fish in the area.

- 23 Rothman J.A. held that the Mohawks' right to fish was violated by s. 4(1). There was no evidence that the government's regulatory scheme was aimed at conservation (the issuance of a permit did not depend on any concerns of conservation) and the scheme did not include any allocation system to ensure that Indians were given priority in the fishery.

IV. Grounds of Appeal

- 24 Leave to appeal to this Court was granted on December 9, 1993 ([1993] 4 S.C.R. v). On June 22, 1994 the following constitutional question was stated:

Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as they read on May 7, 1982, of no force or effect with respect to appellant in the circumstances of these proceedings in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal fishing rights could not exist where there was no aboriginal title; moreover, the appellant argued that on the facts of this case such a fishing right had been shown to exist. The appellant appealed on the further basis that the Court of Appeal erred in holding that the Mohawks did not have aboriginal title to the fishing area; the appellant argued that such title did exist and that an aboriginal right to fish arose as an incident to that title.

V. Analysis

Aboriginal Title and Aboriginal Rights

- 25 As was noted at the outset, the fundamental question to be answered in this case is as to whether a claim to an aboriginal right to fish must rest in a claim to aboriginal title to the area in which the fishing took place. In other words, this Court must determine whether aboriginal rights

ment cédé les terres de la zone de pêche, les Mohawks entendaient également abandonner leurs droits de pêche ancestraux à cet endroit.

Le juge Rothman a statué que le par. 4(1) portait atteinte au droit de pêche des Mohawks. Il n'existait aucune preuve que le régime de réglementation du gouvernement visait la conservation (la délivrance des permis n'était liée à aucune préoccupation en matière de conservation), et ce régime ne comportait aucun mécanisme de répartition visant à assurer la priorité aux Indiens dans la pêche.

IV. Les moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 9 décembre 1993 ([1993] 4 R.C.S. v). Le 22 juin 1994, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, dans sa version du 7 mai 1982, est-il inopérant en ce qui concerne l'appellant dans les circonstances de l'espèce, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appellant a invoqués?

L'appellant se pourvoit pour le motif que la Cour d'appel a fait erreur en statuant que les droits ancestraux de pêche ne pouvaient exister en l'absence d'un titre aborigène. Il a en outre plaidé que, à la lumière des faits de l'espèce, l'existence d'un tel droit de pêche avait été établie. L'appellant se pourvoit également sur le fondement que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les Mohawks ne détenaient pas de titre aborigène sur la zone de pêche. D a soutenu que ce titre existait effectivement et qu'un droit de pêche ancestral accessoire est venu se greffer à celui-ci.

V. Analyse

Le titre aborigène et les droits ancestraux

Comme il a été indiqué au début, la question fondamentale qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si la revendication d'un droit de pêche ancestral doit reposer sur la revendication du titre aborigène sur le territoire où la pêche a été pratiquée. En d'autres mots, notre Cour doit déterminer

are inherently based in aboriginal title to the land, or whether claims to title to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights. The reasons of this Court in *Van der Peet* demonstrate that it is the latter characterization of the relationship between aboriginal rights and aboriginal title that is correct.

In *Van der Peet*, at para. 43, aboriginal rights were said to be best understood as:

... first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory.

From this basis the Court went on to hold, at para. 46, that aboriginal rights are identified through the following test:

... in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

What this test, along with the conceptual basis which underlies it, indicates, is that while claims to aboriginal title fall within the conceptual framework of aboriginal rights, aboriginal rights do not exist solely where a claim to aboriginal title has been made out. Where an aboriginal group has shown that a particular practice, custom or tradition taking place on the land was integral to the distinctive culture of that group then, even if they have not shown that their occupation and use of the land was sufficient to support a claim of title to the land, they will have demonstrated that they have an aboriginal right to engage in that practice, custom or tradition. The *Van der Peet* test protects activities which were integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right; it does not require that that group satisfy the further hurdle of demonstrating that their connection with the piece of land on which the activity was taking place was of a central significance to their distinc-

si les droits ancestraux se rattachent intrinsèquement au titre aborigène sur le territoire visé, ou si les revendications territoriales ne sont que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux. Les motifs de notre Cour dans *Van der Peet* démontrent que c'est cette dernière caractérisation du rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène qui est la bonne.

Dans *Van der Peet*, notre Cour a affirmé, au par. 43, que la meilleure façon de décrire les droits ancestraux est de dire qu'ils sont:

... premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien.

S'appuyant sur ce fondement, la Cour a poursuivi en concluant, au par. 46, que le critère suivant est appliqué pour déterminer l'existence de droits ancestraux:

... pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

Il ressort de ce critère, ainsi que du fondement conceptuel sur lequel il repose, que même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi. Lorsqu'un groupe autochtone démontre qu'une coutume, pratique ou tradition particulière pratiquée sur le territoire concerné faisait partie intégrante de sa culture distinctive, ce groupe aura alors prouvé qu'il a le droit ancestral de s'adonner à cette coutume, pratique ou tradition, même s'il n'a pas établi qu'il a occupé et utilisé suffisamment le territoire en question pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Le critère établi dans *Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause. Il n'exige pas que ce groupe franchisse l'obstacle supplémentaire que constituerait la

tive culture sufficient to make out a claim to aboriginal title to the land. *Van der Peet* establishes that s. 35 recognizes and affirms the rights of those peoples who occupied North America prior to the arrival of the Europeans; that recognition and affirmation is not limited to those circumstances where an aboriginal group's relationship with the land is of a kind sufficient to establish title to the land.

27

To understand why aboriginal rights cannot be inexorably linked to aboriginal title it is only necessary to recall that some aboriginal peoples were nomadic, varying the location of their settlements with the season and changing circumstances. That this was the case does not alter the fact that nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and, further, that many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures. The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) should not be understood or defined in a manner which excludes some of those the provision was intended to protect.

28

Moreover, some aboriginal peoples varied the location of their settlements both before and after contact. The Mohawks are one such people; the facts accepted by the trial judge in this case demonstrate that the Mohawks did not settle exclusively in one location either before or after contact with Europeans. That this is the case may (although I take no position on this point) preclude the establishment of aboriginal title to the lands on which they settled; however, it in no way subtracts from the fact that, wherever they were settled before or after contact, prior to contact the Mohawks engaged in practices, customs or traditions on the land which were integral to their distinctive culture.

démonstration que le rapport qu'il entretient avec le territoire sur lequel l'activité se déroulait avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale suffisante pour établir le bien-fondé d'une revendication visant le titre sur ce territoire. L'arrêt *Van der Peet* établit que l'art. 35 reconnaît et confirme les droits des peuples qui occupaient l'Amérique du Nord avant l'arrivée des Européens, et que cette reconnaissance et cette confirmation ne se limitent pas uniquement aux circonstances où le groupe autochtone entretient avec le territoire visé des rapports suffisants pour établir l'existence d'un titre sur celui-ci.

Afin de comprendre pourquoi les droits ancestraux ne peuvent être inexorablement liés à un titre aborigène, il suffit de rappeler que certains peuples autochtones étaient nomades et que l'emplacement de leurs établissements variait en fonction des saisons et des circonstances. Cela ne change rien au fait que les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et que bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne devraient pas être interprétés ou définis d'une manière qui exclut certains des droits que cette disposition vise à protéger.

En outre, tant avant qu'après le contact avec les Européens, certains peuples autochtones changeaient l'emplacement de leurs établissements. C'était notamment le cas des Mohawks. Les faits acceptés par le juge du procès démontrent que les Mohawks ne se sont pas établis exclusivement à un endroit, que ce soit avant ou après le contact avec les Européens. Ce fait (quoique je ne me prononce pas sur ce point) pourrait faire obstacle à la preuve de l'existence d'un titre aborigène sur les terres où ils se sont établis. Cependant, cela n'enlève rien au fait que, peu importe où ils se sont établis avant ou après le contact avec les Européens, les Mohawks observaient sur le territoire en question, avant ce contact, des coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

Finally, I would note that the Court in *Van der Peet* did address itself to this question, holding at para. 74 that:

Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights. [Emphasis in original.]

This analysis supports the position adopted here.

The recognition that aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights should not, however, create the impression that the fact that some aboriginal rights are linked to land use or occupation is unimportant. Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. For example, if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

29

Enfin, je tiens à souligner que notre Cour a effectivement examiné cette question dans *Van der Peet*, au par. 74:

Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. [Souligné dans l'original.]

Cette analyse étaye la position adoptée en l'espèce.

30

Le fait de reconnaître que le titre aborigène est simplement une manifestation de la doctrine des droits ancestraux ne devrait toutefois pas créer l'impression que le fait que certains droits ancestraux soient liés à l'utilisation ou à l'occupation d'un territoire n'est pas important. En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Par exemple, si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l'époque, le droit de chasse ancestral — même s'il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

31 The respondent raises another important question concerning the doctrine of aboriginal rights under s. 35(1). The aboriginal right to fish claimed in this instance relates to a tract of territory, specifically Lake St. Francis, which falls within the boundaries of New France prior to 1763. The respondent argues that this claimed right should be rejected as the French colonial regime never legally recognized the existence of aboriginal title or any incident aboriginal right to fish prior to the commencement of British sovereignty.

L'intimée soulève une autre question importante relativement à la doctrine des droits ancestraux visés au par. 35(1). Le droit de pêche ancestral revendiqué en l'espèce se rattache à un territoire — plus précisément le lac Saint-François — qui était situé à l'intérieur des limites de la Nouvelle-France avant 1763. L'intimée soutient que la revendication de ce droit devrait être rejetée puisque le régime colonial français n'a jamais légalement reconnu l'existence du titre aborigène ou de quelque droit de pêche ancestral accessoire avant l'affirmation de la souveraineté britannique.

32 Under the British law governing colonization, the Crown assumed ownership of newly discovered territories subject to an underlying interest of indigenous peoples in the occupation and use of such territories. By contrast, it is argued that under the French regime of colonization, the French monarch assumed full and complete ownership of all newly discovered territories upon discovery and symbolic possession. In the absence of a specific concession, colonists and aboriginal peoples were only entitled to enjoy the use of the land through the grace and charity of the French monarch, but not by any recognized legal right. As the respondent explained its position:

En vertu du droit britannique régissant la colonisation, la Couronne devenait propriétaire des territoires nouvellement découverts, sous réserve de l'intérêt sous-jacent des peuples autochtones d'occuper et d'utiliser ces territoires. À l'opposé, on prétend que, en vertu du régime de colonisation français, le monarque français acquérait la propriété pleine et entière de tous les territoires nouvellement découverts, dès leur découverte et leur prise de possession symbolique. En l'absence d'une concession spécifique, les colonisateurs et les peuples autochtones n'avaient le droit de jouir de l'utilisation des terres que par les bonnes grâces et la bienveillance du monarque français, et non en vertu de quelque droit légal reconnu. Comme l'a expliqué l'intimée:

[TRANSLATION] In establishing its sovereignty, France established a legal regime in which the ownership of land and fishing rights belonged to the Crown from the point of departure. This translated into a general presumption of non-concession from the public domain, a presumption which went against the recognition of any right outside the terms of the specific concession.

En établissant sa souveraineté, la France a mis en place un régime juridique où tant les titres territoriaux que les droits de pêche appartenaient dès le point de départ à la Couronne. Ceci se traduisait par une présomption générale de non concession du domaine public, présomption qui va à rencontre de la reconnaissance de quelque droit hormis une concession spécifique à cet égard.

[In this instance, it] was only through the tolerance of the French Crown and the absence of a specific concession that the Mohawks were able to establish themselves

[Dans le cas qui nous intéresse,] [c]'est par tolérance de la Couronne française et sans concession spécifique que les Mohawks se sont installés à Saint-Régis en

in St. Regis in 1754. One therefore cannot contend that the Mohawks were conceded a right to fish in Lake St. Francis.

The hypothesis of an informal concession must be equally rejected. The fishing activities which the Mohawks might have exercised on the relevant territory effectively represented a general public freedom to fish and not a more particular right recognized or conferred by the French authorities to the Mohawks of St. Regis.

In brief, the respondent submits that regardless of the actual fishing practices of the Mohawks both prior to and during the French regime, the French Crown never formally recognized any legal right of the Mohawks to fish in Lake St. Francis, and thus no such right was received into the common law with the transition to British sovereignty in 1763.

For the reasons developed in *Côté, supra*, this argument must be rejected. The respondent's characterization of the status of aboriginal rights under French colonial law is open to question, although, as in *Côté*, I need not decide the point here. What is important is that, as explained in *Van Der Peet, supra*, the purpose of the entrenchment of s. 35(1) was to extend constitutional protection to the practices, customs and traditions central to the distinctive culture of aboriginal societies prior to contact with Europeans. If the exercise of such practices, customs and traditions effectively continued following contact in the absence of specific extinguishment, such practices, customs and traditions are entitled to constitutional recognition subject to the infringement and justification test outlined in *Sparrow, supra*, and more recently, in *Gladstone, supra*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued following the arrival of Europeans, but in the absence of the formal gloss of legal recognition from the European colonizers, should not undermine the protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features

1754. On ne peut ainsi prétendre à la concession d'un droit de pêche dans le lac Saint-François.

L'hypothèse d'une concession informelle doit également être rejetée. Les activités de pêche qu'ont pu exercer les Mohawks sur le territoire pertinent relevaient en effet d'une liberté générale de pêcher et non pas d'un droit plus particulièrement reconnu ou conféré par les autorités françaises aux Mohawks de Saint-Régis.

Bref, l'intimée affirme que, indépendamment des pratiques de pêche auxquelles se sont adonnés concrètement les Mohawks tant avant que pendant le régime français, la Couronne française n'a jamais formellement reconnu aux Mohawks quelque droit légal de pêcher dans le lac Saint-François, et que, en conséquence, un tel droit n'a pas été reçu dans la common law par suite de la transition à la souveraineté britannique en 1763.

Pour les motifs exposés dans *Côté, précité*, cet argument doit être rejeté. La façon dont l'intimée caractérise le statut des droits ancestraux en droit colonial français est discutable, quoique, tout comme dans *Côté*, je n'aie pas besoin de trancher cette question en l'espèce. Ce qui importe c'est le fait que, comme il a été expliqué dans *Van der Peet, précité*, l'objet de la constitutionnalisation des droits visés au par. 35(1) était d'étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones avant le contact avec les Européens. Si l'exercice de ces coutumes, pratiques et traditions s'est effectivement poursuivi après le contact, en l'absence d'extinction spécifique, ces coutumes, pratiques et traditions ont droit à cette protection sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification énoncés dans *Sparrow, précité*, et plus récemment dans *Gladstone, précité*. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par les colonisateurs européens, ne doit pas saper la protection accordée aux peuples autochtones. Le noble objet visé par le

which were fortunate enough to have received the legal approval of British and French colonizers.

The Van der Peet Test

I now turn to the claim made by the appellant in this case. The appellant argues that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis. In order to succeed in this argument the appellant must demonstrate that, pursuant to the test laid out by this Court in *Van der Peet*, fishing in Lake St Francis was "an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture" of the Mohawks. For the reasons given below, I am of the view that the appellant has satisfied this test. Given that this is so, it will be unnecessary to address the appellant's argument that the Mohawks have aboriginal title to the lands in the fishing area that gives rise to an incidental right to fish there. The appellant himself rests his claim primarily on the existence of a free-standing aboriginal right to fish in Lake St. Francis; since I accept this argument it is unnecessary to consider any subsidiary arguments the appellant makes.

The first stage in the application of the *Van der Peet* test requires the Court to determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action said to have been done pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right.

In this case, the appellant's claim is best characterized as a claim for the right to fish for food in Lake St. Francis. First, Francis Lickers, a biologist working for the St. Regis band, testified at trial that the [TRANSLATION] "Indians used perch for food in the winter and caught the fish during sum-

par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé si cette disposition ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colonisateurs français et britanniques.

Le critère établi dans Van der Peet

Je vais maintenant examiner la revendication présentée par l'appelant en l'espèce. Ce dernier soutient que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François. Pour que cet argument soit retenu, l'appelant doit démontrer, conformément au critère énoncé par notre Cour dans *Van der Peet*, que la pêche dans le lac Saint-François est «un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» des Mohawks. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appelant a satisfait à ce critère. Cela étant, il ne sera pas nécessaire d'examiner l'argument de l'appelant que les Mohawks possèdent, à l'égard du territoire où se trouve la zone de pêche, un titre aborigène auquel se greffe un droit accessoire de pêcher à cet endroit. L'appelant lui-même fonde sa revendication principalement sur l'existence d'un droit de pêche ancestral autonome dans le lac Saint-François. Étant donné que je retiens cet argument de l'appelant, je n'ai pas à examiner ses arguments subsidiaires.

Conformément à la première étape de l'application du critère formulé dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer la nature précise de la revendication présentée, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit.

En l'espèce, la meilleure façon de caractériser la revendication de l'appelant est de dire qu'il revendique le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. Premièrement, Francis Lickers, biologiste travaillant pour la bande de Saint-Régis, a témoigné au procès que «les Amérindiens se ser-

mer in order to store it for the winter" (emphasis added). There was no suggestion that the perch caught by the appellant was to be used for any purpose other than to meet the food requirements of the appellant and his band. Second, the regulation under which the appellant was charged prohibits all fishing without a licence, whether for food or any other purpose; the only manner in which an Indian food fishing licence can be issued is by an act of ministerial discretion under s. 5(9) of the Regulations, a provision which the appellant challenges the constitutional validity of. The breadth of this scheme, and the limits it places on the aboriginal food fishery, support the characterization of the appellant's essential challenge as to the prohibition of food fishing. Finally, all the evidence presented at trial to support the appellant's claim was directed at demonstrating that it was a custom of the Mohawks to rely on the perch in Lake St. Francis for food. The evidence was not directed towards demonstrating any other use of the fish, for example use for ceremonial or commercial purposes.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the Court to determine whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. The Court must determine in this case, therefore, whether fishing for food in Lake St. Francis was a central, significant or defining feature of the distinctive culture of the Mohawks.

In making this determination the normal approach of this Court — and that followed in *Van der Peet*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* and *Gladstone* — is to rely on the findings of fact made by the trial judge and to assess whether those findings of

vent de la perchaude en tant qu'aliment pour l'hiver qui sera capturée pendant l'été et entreposée pour usage pendant l'hiver>> (je souligne). Il n'a pas été plaidé que la perchaude capturée par l'appellant allait être utilisée à une autre fin que celle de répondre aux besoins alimentaires de l'appellant et des membres de la bande dont il fait partie. Deuxièmement, le règlement en vertu duquel les accusations ont été portées contre l'appellant interdit à quiconque de pêcher sans permis, que ce soit à des fins alimentaires ou autres. La seule manière pour les Indiens d'obtenir la délivrance d'un permis de pêche à des fins alimentaires est de demander au ministre d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 5(9) du Règlement à cet égard, disposition dont l'appellant attaque la validité constitutionnelle. La portée de ce régime et les limites qu'il impose à la pêche alimentaire des autochtones étayent la façon de caractériser la contestation principale de l'appellant visant l'interdiction de pêcher à des fins alimentaires. Enfin, l'ensemble de la preuve présentée au procès au soutien de la revendication de l'appellant visait à établir que les Mohawks avaient comme coutume de pêcher la perchaude dans le lac Saint-François pour se nourrir. Cette preuve ne tendait pas à démontrer que le poisson était utilisé à quelque autre fin, par exemple à des fins rituelles ou commerciales.

Suivant la deuxième étape de l'analyse énoncée dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si l'activité qui, prétend-on, serait un droit ancestral, est un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive du peuple autochtone en question. En l'espèce, notre Cour doit donc déterminer si la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le lac Saint-François était une caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Mohawks.

Pour trancher cette question, l'approche appliquée normalement par notre Cour — et celle suivie dans les arrêts *Van der Peet*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* et *Gladstone* — consiste à s'en remettre aux conclusions de fait du juge du procès et à se

37

38

fact (if not made as a result of a clear and palpable error) support the claim that an activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal people in question. In this case, however, in deciding that the appellant had an aboriginal right to fish in Lake St. Francis, the trial judge did not explicitly articulate the findings of fact on which this decision was based. With regards to this question the trial judge said at pp. 139-40:

[TRANSLATION] In addition to their rights over their lands, the Mohawks have always had and have always exercised a right of hunting and fishing on the St. Lawrence River and in particular on Lake St. Francis in this part situated in the southwest area of this lake and where there are numerous islands and very vast marshes.

This right of hunting and fishing is distinct from the right of use of their lands. This right can be exercised over vast territories and even over lands belonging to the Crown.

This was a hunting and fishing territory situated in the immediate neighbourhood of their village and which is part of an easily identifiable whole.

The trial judge thus came to a clear legal conclusion on the issue of whether the Mohawks have an aboriginal right to fish in the area but did not articulate the facts on which this legal conclusion is based. In his consideration of the aboriginal title issue Barrette Ct. S.P.J. did articulate his findings of fact regarding the Mohawks' historical presence on the lands of the fishing area; however, these findings do not relate specifically to, and nor are they determinative of, the question of whether the reliance on fish in the St. Lawrence River and Lake St. Francis as a source of food was a significant part of the life of the Mohawks prior to contact.

39

That the trial judge did not make explicit findings of fact on this question is not surprising given that he was writing entirely without any guidance

demandeur si ces conclusions (à condition qu'elles ne résultent pas d'une erreur manifeste et dominante) étayent la prétention qu'une activité est un aspect d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question. En l'espèce, toutefois, lorsqu'il a décidé que l'appelant possédait un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François, le juge du procès n'a pas énoncé explicitement les conclusions de fait sur lesquelles sa décision était fondée. Relativement à cette question, il a dit ceci:

En plus de leurs droits sur leurs terres, les Mohawks ont toujours eu et ont toujours exercé un droit de chasse et de pêche sur le fleuve St-Laurent et en particulier sur le Lac St-François, dans cette partie située au sud-ouest de ce lac et où se trouvent de nombreuses îles et de très vastes marais.

Ce droit de chasse et de pêche est distinct du droit d'occupation de leurs terres. Il peut s'exercer sur de vastes territoires et même sur des biens appartenant à la Couronne.

Il s'est agi pour eux d'un territoire de chasse et de pêche situé dans le voisinage immédiat de leur village et qui fait partie d'un tout homogène facilement identifiable.

Le juge du procès a donc tiré une conclusion de droit claire sur la question de savoir si les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans la zone en question, mais il n'a pas exposé les faits sur lesquels repose cette conclusion. Dans son examen de la question du titre aborigène, le juge Barrette de la Cour des sessions de la paix a bien énoncé ses conclusions de fait concernant la présence historique des Mohawks sur les terres où est située la zone de pêche, mais ces conclusions ne se rapportent pas spécifiquement à la question de savoir si l'exploitation du poisson dans le fleuve Saint-Laurent et le lac Saint-François comme source alimentaire était un aspect important de la vie des Mohawks avant le contact avec les Européens, et elles ne sont pas déterminantes à cet égard.

Le fait que le juge du procès n'a pas formulé de conclusions de fait explicites sur cette question n'a rien d'étonnant puisqu'il s'est prononcé sans

from this Court on the factual basis necessary for determining whether an aboriginal right under s. 35(1) has been demonstrated; however, that he did not do so means that in this appeal the Court cannot rely entirely on his reasons to determine whether the Mohawks have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis. That the Court cannot do so is not, however, fatal to the appeal. At trial testimony was received from two expert witnesses: Dr. Bruce Trigger for the appellant and Dr. Rénald Parent for the respondent. The testimony of these two witnesses, despite being contradictory in some respects, provides a sufficient basis for this Court to review, and to uphold, the trial judge's conclusion that the Mohawks have a right to fish for food in Lake St. Francis.

Dr. Trigger, an anthropologist and a recognized expert on the history of the Huron people during the period prior to 1660, was the key expert witness for the appellant. In light of the shared linguistic heritage of the Hurons and the Mohawks, the similar economies of the two peoples, and the complex relationship between the Huron and the Mohawk (the precise nature of which we need not closely examine in this appeal), Trigger's studies closely followed the history of the Mohawks in the upper St. Lawrence Valley prior to 1660. In his examination in chief, Trigger testified that between 1000 and 1500 AD the upper St. Lawrence Valley encompassing Lake St. Francis was occupied by an Iroquois speaking people of a lineage distinct from that of the Mohawks and the other members of the Five Nations. In 1535, when Cartier travelled to Montreal, he encountered this people and documented their distinct language. At the time, the Mohawks generally occupied a region south of Montreal and extending into New York state, while the Hurons generally occupied a region west of Montreal extending into Ontario. However, Trigger testified that by 1600, this distinct Iroquois people had effectively become extinct, presumably as a result of war. Thus, at that time, there was no

aucune indication de notre Cour quant au fondement factuel requis pour déterminer si l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1) a été démontrée. Cependant, le fait que le juge du procès n'a pas formulé de telles conclusions emporte que notre Cour ne peut s'en remettre entièrement aux motifs de ce dernier pour décider si les Mohawks ont établi l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir. Que notre Cour ne puisse le faire n'est toutefois pas fatal pour les fins du présent pourvoi. Deux témoins experts ont déposé au procès: M. Bruce Trigger pour l'appellant et M. Rénald Parent pour l'intimée. Bien que les témoignages de ces deux experts se contredisent à certains égards, ils constituent néanmoins un fondement suffisant pour permettre à notre Cour d'examiner et de confirmer la conclusion du juge du procès que les Mohawks ont le droit de pêcher dans le lac Saint-François pour se nourrir.

M. Trigger, anthropologue et expert de l'histoire huronne antérieure à 1660, a été le principal témoin expert de l'appellant. Compte tenu du patrimoine linguistique que partagent les Hurons et les Mohawks, des économies similaires de ces deux peuples et des rapports complexes qu'ils entretenaient (dont nous n'avons pas besoin d'examiner la nature précise dans le présent pourvoi), M. Trigger a, dans ses travaux, suivi de près l'histoire des Mohawks dans la vallée du haut Saint-Laurent avant 1660. Au cours de l'interrogatoire principal, M. Trigger a témoigné que, entre les années 1000 et 1500 apr. J.-C., la vallée du haut Saint-Laurent, qui inclut le lac Saint-François, était occupée par un peuple de langue iroquoise d'une lignée distincte de celle des Mohawks et des autres membres des Cinq-Nations. En 1535, lorsque Cartier s'est rendu à Montréal, il a rencontré ce peuple et a fait état dans ses comptes rendus de la langue distincte parlée par ce peuple. De façon générale, à l'époque, les Mohawks occupaient une région qui était située au sud de Montréal et s'étendait jusque dans l'État de New York, alors que les Hurons occupaient une région qui était située à l'ouest de Montréal et s'étendait jusqu'en Ontario. Cependant, M. Trigger a témoigné que, en 1600, ce peu-

longer any significant Iroquois group which occupied the Lake St. Francis region.

41 Trigger continued, stating that by the time of Champlain's visit in 1603, the Mohawks had begun to assert a presence in upper St. Lawrence Valley, along with the Hurons and the Algonquins. Territorial frictions eventually resulted in war between the Mohawks and a coalition of the Hurons, Algonquins and Etchemins (the "Laurentian Coalition"), and the region effectively became a battleground. But during this conflict, the Mohawks were able to exert dominance over the territory between Lake Ontario and Montreal. As Trigger testified, the records of French explorers indicate that the Hurons eventually refused to escort the explorers into the region as a result of the hostile Mohawk presence. Trigger stated his conclusions:

[TRANSLATION] On the basis of the evidence which is available, I have little difficulty in concluding that the St. Lawrence River between Montreal and Lake Ontario was controlled by the Iroquois and mostly by the Mohawks from the year 1603 and possibly a number of years or possibly numerous decades during the course of the first half of the 17th century.

42 The respondent's key expert witness was Dr. Parent, a historian whose research activities covered aspects of the history of First Nations within New France during the 17th century. Parent generally accepted Trigger's characterization of the area as the subject of conflict between the Mohawks (whom he preferred to characterize as the "Agniers") and the Laurentian Coalition during the first part of the century. But he testified that in his interpretation of the documentary evidence, the Laurentian Coalition was generally successful between 1603 and 1628 in keeping the Five Nations of the Iroquois out of the upper St. Lawrence Valley. In his view, it was only during the period between 1632 and 1653, that the Mohawks

ple iroquois distinct avait effectivement disparu, probablement en raison de guerres. En conséquence, à cette époque, il n'y avait plus de groupe iroquois d'importance occupant la région du lac Saint-François.

M. Trigger a poursuivi en déclarant que, lorsque Champlain a visité la région en 1603, les Mohawks avaient commencé à faire sentir leur présence dans la vallée du haut Saint-Laurent, tout comme les Hurons et les Algonquins. Des frictions territoriales ont finalement donné lieu à une guerre entre les Mohawks et une coalition formée des Hurons, des Algonquins et des Etchemins (la «Coalition laurentienne»), et la région est effectivement devenue un champ de bataille. Cependant, au cours de ce conflit, les Mohawks ont été en mesure d'exercer leur maîtrise sur le territoire situé entre le lac Ontario et Montréal. Comme l'a affirmé M. Trigger dans son témoignage, les comptes rendus des explorateurs français indiquent que les Hurons ont, à partir d'un certain moment, refusé d'escorter les explorateurs français dans cette région en raison de la présence de Mohawks hostiles. M. Trigger a tiré les conclusions suivantes:

Sur la base de toute la preuve qui est disponible je n'ai aucune difficulté de conclure que le fleuve St-Laurent entre Montréal et le lac Ontario était contrôlé par les Iroquois et la plupart par les Mohawks de l'année 1603 et possiblement quelques années ou possiblement aussi quelques décennies avant certainement à travers la première moitié du 17^e siècle.

L'intimée a fait déposer comme principal témoin expert M. Rénald Parent, historien dont les recherches ont porté sur des aspects de l'histoire des premières nations en Nouvelle-France au cours du XVII^e siècle. M. Parent a dit être généralement d'accord avec l'affirmation de M. Trigger que la région avait été l'objet de conflits entre les Mohawks (qu'il a préféré appeler les «Agniers») et la Coalition laurentienne au cours de la première partie de ce siècle. Toutefois, il a témoigné que, d'après son interprétation de la preuve documentaire, la Coalition laurentienne était de façon générale parvenue, entre 1603 et 1628, à maintenir la ligue iroquoise des Cinq-Nations hors de la vallée du haut Saint-Laurent. À son avis, ce n'est

were able to gain the military initiative and to assert control over the area. However, he reiterated that during this period the region was best characterized as a war zone.

With regards to the specific activities of the Mohawks within the upper St. Lawrence Valley during the first half of the 17th century, Trigger testified that the Mohawks and the Unidas (of the Five Nations) had used the region as a hunting and fishing ground, and that this usage was recognized by other aboriginal peoples, including members of the Laurentian Coalition. Parent, on the other hand, concluded that the Mohawks used the territory in question solely for war purposes, passing through the land on their way to raiding villages north and east of the river. The Mohawks hunted and fished during these campaigns, but the lands did not constitute hunting and fishing grounds for them.

The general picture presented by the testimony of Parent and Trigger, when considered together, is that prior to 1603 it is unclear which aboriginal peoples made use of the St. Lawrence Valley, although there is evidence to suggest that at that time the lands were occupied in part by a group of Iroquois unrelated to the Mohawks. From 1603 to the 1650s the area was the subject of conflict between various aboriginal peoples, including the Mohawks. During this period the Mohawks clearly fished for food in the St. Lawrence River, either because the Mohawks exercised military control over the region and adopted the territory as fishing and hunting grounds, or because the Mohawks conducted military campaigns in the region during which they were required to rely on the fish in the St. Lawrence River and Lake St. Francis for sustenance.

This general picture, regardless of the uncertainty which arises because of the witnesses' conflicting characterizations of the Mohawks' control and use over this area from 1603 to 1632, supports the trial judge's conclusion that the Mohawks have an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis. Either because reliance on the fish in

qu'entre 1632 et 1653 que les Mohawks ont réussi à prendre le dessus militairement et à contrôler cette région. Cependant, M. Parent a réitéré que la meilleure façon de décrire la région à l'époque était de la qualifier de zone de guerre.

En ce qui concerne les activités spécifiques des Mohawks dans la vallée du haut Saint-Laurent au cours de la première moitié du XVII^e siècle, M. Trigger a témoigné que les Mohawks et les Unidas (de la ligue des Cinq-Nations) avaient utilisé cette région comme secteur de chasse et de pêche, et que cette utilisation était reconnue par d'autres peuples autochtones, y compris des membres de la Coalition laurentienne. Par contre, M. Parent a conclu que les Mohawks utilisaient le territoire en question uniquement pour faire la guerre, le traversant pour faire des incursions dans les villages situés au nord et à l'est du fleuve, mais que ces terres n'étaient pas pour eux des secteurs de chasse et de pêche.

Il ressort du tableau général dépeint par les témoignages de MM. Parent et Trigger qu'il est impossible de dire avec certitude quels sont les peuples autochtones qui exploitaient la vallée du Saint-Laurent avant 1603. Cependant, il existe des éléments de preuve qui tendent à indiquer que, à cette époque, les terres étaient occupées en partie par un groupe d'Iroquois n'ayant aucun lien avec les Mohawks. De 1603 jusqu'aux années 1650, cette région a été le théâtre de conflits entre divers peuples autochtones, dont les Mohawks. Il est clair que, durant cette période, les Mohawks ont pêché dans le fleuve Saint-Laurent pour se nourrir, soit parce qu'ils contrôlaient militairement la région et l'avaient adoptée comme territoire de chasse et de pêche, soit parce qu'ils y menaient des campagnes militaires au cours desquelles ils devaient pêcher dans le Saint-Laurent et le lac Saint-François pour se nourrir.

Malgré l'incertitude découlant des descriptions contradictoires qu'ont données les témoins du contrôle exercé sur cette région par les Mohawks de 1603 à 1632, et de l'utilisation qu'en faisaient ces derniers, ce tableau général appuie la conclusion du juge du procès que les Mohawks ont le droit ancestral de pêcher dans le lac Saint-François pour

43

44

45

the St. Lawrence River for food was a necessary part of their campaigns of war, or because the lands of this area constituted Mohawk hunting and fishing grounds, the evidence presented at trial demonstrates that fishing for food in the St Lawrence River and, in particular, in Lake St. Francis, was a significant part of the life of the Mohawks from a time dating from at least 1603 and the arrival of Samuel de Champlain into the area. The fish were not significant to the Mohawks for social or ceremonial reasons; however, they were an important and significant source of subsistence for the Mohawks.

46

This conclusion is sufficient to satisfy the *Van der Peet* test. The arrival of Samuel de Champlain in 1603, and the consequent establishment of effective control by the French over what would become New France, is the time which can most accurately be identified as "contact" for the purposes of the *Van der Peet* test. The evidence presented clearly demonstrates that from that time fishing for food in the fishing area was a significant part of the Mohawks' life. Further, where there is evidence that at the point of contact a practice was a significant part of a group's culture (in this case fishing for food in the fishing area) then the aboriginal group will have demonstrated that the practice was a significant part of the aboriginal group's culture prior to contact. No aboriginal group will ever be able to provide conclusive evidence of what took place prior to contact (and here the witnesses agree that it is unclear which aboriginal peoples were fishing in the fishing area prior to 1603); evidence that at contact a custom was a significant part of their distinctive culture should be sufficient to demonstrate that prior to contact that custom was also a significant part of their distinctive culture. The appellant here has clearly demonstrated that at the time of contact fishing in the St. Lawrence River and Lake St. Francis for food was a significant part of the life of the Mohawks.

se nourrir. Que ce soit parce que la pêche dans le Saint-Laurent pour se nourrir était un aspect essentiel de leurs campagnes militaires ou encore parce que les terres de cette région constituaient des territoires de chasse et de pêche mohawks, la preuve présentée au procès démontre que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et plus particulièrement dans le lac Saint-François a constitué un élément important de la vie des Mohawks, au moins à compter de 1603 et de l'arrivée de Samuel de Champlain dans la région. Le poisson n'était pas important pour les Mohawks à des fins sociales ou rituelles, mais il était une importante denrée alimentaire.

Cette conclusion suffit pour satisfaire au critère établi dans *Van der Peet*. L'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, et le contrôle effectif exercé en conséquence par les Français sur le territoire qui allait devenir la Nouvelle-France, est le moment qui correspond le plus précisément au «contact avec les Européens» pour l'application du critère établi dans *Van der Peet*. La preuve présentée démontre clairement que, à partir de ce moment, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone de pêche a constitué un élément important de la vie des Mohawks. Qui plus est, lorsqu'il existe des éléments de preuve établissant que, au moment du contact avec les Européens, une pratique constituait un élément important de la culture d'un groupe autochtone (en l'espèce la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone de pêche), ce groupe a démontré que cette pratique constituait un élément important de sa culture avant le contact avec les Européens. Aucun groupe autochtone ne pourra jamais apporter de preuve concluante de ce qui s'est passé avant le contact avec les Européens (en l'espèce, les témoins conviennent qu'il est impossible de dire avec certitude quels étaient les peuples autochtones qui pêchaient dans la zone de pêche avant 1603). La preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple devrait suffire pour établir que cette coutume était également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive de ce peuple. En l'espèce, l'appelant a clairement démontré que, au moment du

This is sufficient to demonstrate that it was so prior to contact.

As part of the second stage of the *Van der Peet* analysis, there must be "continuity" between aboriginal practices, customs and traditions that existed prior to contact and a particular practice, custom or tradition that is integral to aboriginal communities today: *Van der Peet, supra*, at para. 63; *Gladstone, supra*, at para. 28. This part of the *Van der Peet* test has been met as well. The evidence of numerous witnesses at the trial proves the existence of continuity. Francis Henry Lickers, a biologist, testified that according to the Mohawk, the practice of fishing had been going on for years and years. Reverend Thomas Eagan, a Jesuit Pastor at St. Regis, testified that before the establishment of the village of Akwesasne and while living at Akwesasne, the Mohawks used the area for hunting and fishing. This was the way of life of their ancestors, and these practices continued into the present. Chief Lawrence Francis testified that hunting and fishing have been practised by the Mohawks since time immemorial, and that the practice of fishing has not been interrupted. It was no doubt this testimony which led Barrette Ct. S.P.J. to make the finding of fact at trial that the Mohawks had and had always exercised a right to fish on the St. Lawrence River and in particular on Lake St. Francis.

Extinguishment

Having accepted the appellant's claim that he was exercising an aboriginal right to fish in the fishing area, the Court must now consider whether, prior to 1982, that right was extinguished. In *Sparrow, supra*, the Court held that in order for an aboriginal right to be extinguished the Crown must demonstrate a "clear and plain intention" for such extinguishment. In this case, the Crown rests its argument that such an intention has been demon-

contact avec les Européens, la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et le lac Saint-François était un élément important de la vie des Mohawks. Cela suffit pour démontrer que tel était également le cas avant le contact avec les Européens.

Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse établie dans *Van der Peet*, il faut démontrer qu'il y a «continuité» entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et la coutume, pratique et tradition faisant partie intégrante de nos jours de la collectivité autochtone concernée: *Van der Peet, précité*, au par. 63; *Gladstone, précité*, au par. 28. Ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait. La preuve apportée par de nombreux témoins au procès établit cette continuité. Francis H. Lickers, biologiste, a témoigné que, suivant les Mohawks, la pratique de la pêche avait cours depuis très longtemps. Le révérend Thomas Eagan, pasteur jésuite à Saint-Régis, a témoigné qu'avant l'établissement du village d'Akwesasne et pendant qu'ils vivaient à cet endroit les Mohawks chassaient et pêchaient dans ce territoire. C'était le mode de vie de leurs ancêtres, et ces pratiques se sont poursuivies jusqu'à nos jours. Le chef Lawrence Francis a témoigné que, de temps immémorial, les Mohawks pratiquent la chasse et la pêche, et qu'il n'y a jamais eu d'interruption de la pratique de la pêche. Il ne fait aucun doute que ce sont ces témoignages qui ont amené le juge Barrette, au procès, à tirer la conclusion de fait selon laquelle les Mohawks possédaient et avaient toujours exercé le droit de pêcher dans le fleuve Saint-Laurent et plus particulièrement dans le lac Saint-François.

Extinction

Puisqu'elle accepte la prétention de l'appelant qu'il exerçait un droit de pêche ancestral dans la zone de pêche, notre Cour doit maintenant se demander si ce droit a été éteint avant 1982. Dans *Sparrow, précité*, notre Cour a statué que, pour qu'il y ait extinction d'un droit ancestral, le ministère public doit apporter la preuve d'«une intention claire et expresse» en ce sens. En l'espèce, le ministère public invoque deux événements au

strated on two events: the submersion of the lands constituting the fishing area in 1845 as part of the construction of the Beauharnois canal and the 1888 surrender agreement entered into between the Mohawks and the Crown in which the lands around the fishing area were surrendered to the Crown, in exchange for \$50,000 in compensation.

49 While these events may be adequate to demonstrate a clear and plain intention in the Crown to extinguish any aboriginal title to the lands of the fishing area, neither is sufficient to demonstrate that the Crown had the clear and plain intention of extinguishing the appellant's aboriginal right to fish for food in the fishing area. The enlargement of the body of water on which the appellant has the aboriginal right to fish for food does not relate to the existence of that right, let alone demonstrate a clear and plain intention to extinguish it. The surrender of lands, because of the fact that title to land is distinct from the right to fish in the waters adjacent to those lands, equally does not demonstrate a clear and plain intention to extinguish a right. The surrender agreement dealt only with the Mohawks proprietary interest to the lands in question; it did not deal with the free-standing aboriginal right to fish for food which existed in the waters adjacent to those lands. There is no evidence to suggest what the parties to the surrender agreement, including the Crown, intended with regards to the right of the Mohawks to fish in the area; absent such evidence the *Sparrow* test for extinguishment cannot be said to have been met.

Infringement and Justification

50 Given that the appellant was exercising an existing aboriginal right to fish for food when he was fishing in Lake St. Francis, the next question this Court must address is whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* constituted an infringement of the appellant's aboriginal rights and, if it did so, whether that infringement was justified. In order to answer this question the nature of the impact on the appellant's rights from the opera-

soutien de son argument que cette intention a été établie: la submersion des terres constituant la zone de pêche en 1845, dans le cadre de la construction du canal Beauharnois, et l'accord de cession conclu en 1888 par les Mohawks et la Couronne, aux termes duquel les terres entourant la zone de pêche ont été cédées à cette dernière contre une indemnité de 50 000 \$.

Bien que ces événements puissent permettre de démontrer l'intention claire et expresse de la Couronne d'éteindre tout titre aborigène sur les terres de la zone de pêche, aucun d'eux ne suffit pour démontrer que la Couronne avait l'intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral de l'appellant de pêcher pour se nourrir dans cette zone. Le fait de l'agrandissement de la masse d'eau dans laquelle l'appellant a le droit ancestral de pêcher pour se nourrir n'a aucun rapport avec l'existence de ce droit, et il démontre encore moins l'intention claire et expresse de l'éteindre. Comme le titre sur les terres est distinct du droit de pêcher dans les eaux adjacentes à ces terres, la cession de celles-ci n'établit pas non plus l'existence d'une intention claire et expresse d'éteindre ce droit. L'accord de cession ne portait que sur le droit de propriété des Mohawks sur les terres en question, et non sur le droit ancestral autonome qui existait, savoir celui de pêcher pour se nourrir dans les eaux adjacentes à ces terres. Il n'y a aucune preuve tendant à indiquer quelles étaient les intentions des parties à l'accord de cession, notamment celles de la Couronne, relativement au droit des Mohawks de pêcher à cet endroit. En l'absence d'une telle preuve, il est impossible d'affirmer que le critère formulé dans *Sparrow* relativement à la question de l'extinction a été satisfait.

Atteinte et justification

Comme l'appellant exerçait un droit ancestral existant de pêcher pour se nourrir lorsqu'il a pêché dans le lac Saint-François, la question que doit maintenant examiner notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte aux droits ancestraux de l'appellant et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée. Pour répondre à cette question, il faut déterminer la nature des répercussions de l'application de la dis-

tion of the provision must be determined, taking into account the broader regulatory scheme of which the provision is a part.

The basic structure of the government's regulatory scheme, in terms of its application to the appellant, is as follows: under s. 4(1) of the Regulations fishing is prohibited absent a licence of the type described in Schedule HI. Under Schedule III licences are available for sport and commercial fishing only; the Schedule does not allow for the issuance of licences for aboriginal food fishing. Under s. 5(9) of the Regulations the Minister may, at his discretion, issue a special permit to an Indian or Inuk authorizing them to fish for their own subsistence. In essence, under the regulatory scheme as it currently exists, the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food is exercisable only at the discretion of the Minister.

This scheme infringes the aboriginal rights of the appellant under the test for infringement laid out in *Sparrow*. In *Sparrow* the Court held at p. 1112 that to determine whether an aboriginal right has been infringed the Court must consider the following questions:

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?

In this instance, the regulatory scheme subjects the exercise of the appellant's aboriginal rights to a pure act of Ministerial discretion, and sets out no criteria regarding how that discretion is to be exercised. For this reason, I find that the scheme both imposes undue hardship on the appellant and interferes with his preferred means of exercising his rights.

In a normal setting under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, where a statute confers a broad, unstructured administrative discretion which may be exercised in a manner which encroaches upon a constitutional right, the court should not find that the delegated discretion infringes the *Charter* and then proceed to a consideration of the potential justifications of the

position sur les droits de l'appelant, tout en tenant compte du régime de réglementation plus large dans lequel s'inscrit cette disposition.

Voici quelle est la structure fondamentale du régime gouvernemental de réglementation applicable à l'appelant: en vertu du par. 4(1) du Règlement, il est interdit de pêcher sans être titulaire d'un permis visé à l'annexe HI. En vertu de cette annexe, il est uniquement possible de se procurer des permis de pêche sportive ou commerciale. Elle ne pourvoit pas à la délivrance aux autochtones de permis les autorisant à pêcher pour se nourrir. En vertu du par. 5(9) du Règlement, le ministre peut, à sa discrétion, délivrer un permis spécial autorisant un Indien ou un Inuk à prendre du poisson pour se nourrir. Essentiellement, en vertu du régime de réglementation actuel, l'appelant ne peut exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir qu'à la discrétion du ministre.

Suivant le critère établi à cet égard dans *Sparrow*, ce régime porte atteinte aux droits ancestraux de l'appelant. Dans cet arrêt, notre Cour a statué, à la p. 1112, que pour déterminer s'il y a eu violation d'un droit ancestral elle doit examiner les questions suivantes:

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?

En l'espèce, le régime de réglementation assujettit l'exercice des droits ancestraux de l'appelant à l'application d'un pouvoir ministériel purement discrétionnaire, et il ne fixe aucun critère régissant l'exercice de ce pouvoir. Pour ce motif, je conclus que le régime est indûment rigoureux envers l'appelant et qu'il lui refuse le recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Normalement, dans le cadre d'une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, lorsqu'une loi confère un large pouvoir discrétionnaire administratif non structuré et susceptible d'être exercé d'une façon qui empiète sur un droit constitutionnel, le tribunal ne doit pas conclure que le pouvoir discrétionnaire délégué viole la *Charte* et ensuite examiner les justifications possibles de

51

52

53

infringement under s. 1. Rather, the proper judicial course is to find that the discretion must subsequently be exercised in a manner which accommodates the guarantees of the *Charter*. See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1078-79; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 1010-11; and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

54

I am of the view that the same approach should not be adopted in identifying infringements under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In light of the Crown's unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test.

55

The infringement in this instance is all the more pronounced when one considers the testimony offered by the Crown's own witness to the effect that no permits allowing fishing for food with a seine net (the traditional manner of fishing of the Mohawks) were being issued for Lake St. Francis. Conservation officer Langevin testified at trial:

[TRANSLATION] But in Lake St. Francis it is still prohibited, no permits for fishing for perch with a seine net are being issued.

cette violation en vertu de l'article premier. Au contraire, le tribunal doit plutôt conclure que le pouvoir discrétionnaire doit désormais être exercé de manière à respecter les garanties prévues par la *Charte*. Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1078 et 1079; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 1010 et 1011; et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

Je suis d'avis que la même analyse ne devrait pas être adoptée pour déterminer s'il y a atteinte aux droits visés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux.

En l'espèce, l'atteinte est d'autant plus prononcée si l'on tient compte des propos tenus par un témoin du ministère public, qui a déclaré qu'aucun permis autorisant la pêche à la seine (méthode de pêche traditionnelle des Mohawks) dans le lac Saint-François pour se nourrir n'est délivré. L'agent de conservation Langevin a affirmé ce qui suit, durant son témoignage au procès:

Mais, dans le Lac Saint-François, il est toujours interdit, il ne se délivre aucun permis pour pêcher la perchaude à la seine.

In the absence of the factual possibility of the issuance of a licence for the appellant's exercise of his aboriginal right to fish for food, the appellant has clearly demonstrated that his aboriginal rights have been infringed.

Moreover, the Crown has failed to adduce evidence sufficient to demonstrate that this infringement was justified. Under *Sparrow*, in order to demonstrate that an infringement of an aboriginal right is justified the Crown must demonstrate, first, that the infringement took place pursuant to a compelling and substantial objective and that, second, the infringement is consistent with the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples. On the evidence presented in this case the Crown has satisfied neither of these criteria. I would note here, and adopt, the description of the Crown's evidence regarding the regulatory scheme given by Proulx J.A. at the Court of Appeal at pp. 127-28:

[TRANSLATION] Far from proving that perch fishing for food would have harmful ecological effects (the witness did not even know the incidence of sport fishing on conservation), the evidence tends instead to prove the existence of a policy that essentially favours sport fishing, to the detriment of those wanting to fish for food.

[I]t appears to me that what has been shown instead in the case at bar is that sport fishing is the major concern, after conservation. [Emphasis added.]

What counts as a compelling and substantial objective for the purposes of limiting s. 35(1) rights was recently discussed by this Court in *Gladstone*. The lack of evidence in that case precluded us from determining whether the government's regulatory scheme was justified. We therefore did not have to definitively determine what particular objectives, beyond conservation, do or do not meet the test of justification set out in *Sparrow*. Nevertheless, we made some general observations about the kinds of objectives which might be compelling and substan-

Puisqu'il lui est concrètement impossible d'obtenir la délivrance d'un permis afin d'exercer son droit ancestral de pêcher pour se nourrir, ce dernier a clairement démontré qu'il y a eu atteinte à ses droits ancestraux.

Qui plus est, le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante pour démontrer que cette atteinte est justifiée. Suivant l'arrêt *Sparrow*, pour établir qu'une atteinte à un droit ancestral est justifiée, le ministère public doit prouver, premièrement, que l'atteinte découle de la poursuite d'un objectif jugé impérieux et réel, et, deuxièmement, que l'atteinte est compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. À la lumière de la preuve présentée en l'espèce, le ministère public n'a satisfait à aucun de ces critères. Je fais mienne la description suivante que le juge Proulx de la Cour d'appel a faite, à la p. 1033, de la preuve présentée par le ministère public relativement au régime de réglementation:

Loin d'établir qu'une pêche à la perchaude pour se nourrir aurait des effets néfastes sur le plan écologique (le témoin ignorant même l'incidence de la pêche sportive sur la conservation), cette preuve tend plutôt à démontrer l'existence d'une politique qui favorise essentiellement la pêche sportive, au détriment des personnes qui veulent pêcher pour se nourrir.

[I]l me semble qu'il a plutôt été démontré en l'espèce que c'est la pêche sportive qui constitue la préoccupation majeure après la conservation. [Je souligne.]

La question de savoir ce qui constitue un objectif impérieux et réel justifiant la limitation de droits visés au par. 35(1) a été examinée récemment par notre Cour dans *Gladstone*. Dans cet arrêt, le manque d'éléments de preuve nous a empêchés de décider si le régime de réglementation du gouvernement était justifié. Nous n'avons donc pas déterminé décisivement quels sont, outre la conservation, les objectifs qui satisfont ou ne satisfont pas au critère relatif à la justification établi dans *Sparrow*. Nous avons néanmoins formulé certaines observations générales sur le genre d'objectifs qui pourraient être suffisamment impérieux et réels

tial enough to justify governmental infringements on aboriginal rights.

57 As with limitations of the rights enshrined in the *Charter*, limits on the aboriginal rights protected by s. 35(1) must be informed by the same purposes which underlie the decision to entrench those rights in the Constitution to be justifiable: *Gladstone, supra*, at para. 71. Those purposes are the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples, and the reconciliation of prior occupation by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty: *Van der Peet*, at para. 39, *Gladstone*, at para. 72. Measures which are aimed at conservation clearly accord with both these purposes, and can therefore serve to limit aboriginal rights, as occurred in *Sparrow*.

58 I have some difficulty in accepting, in the circumstances of this case, that the enhancement of sports fishing *per se* is a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). While sports fishing is an important economic activity in some parts of the country, in this instance, there is no evidence that the sports fishing that this scheme sought to promote had a meaningful economic dimension to it. On its own, without this sort of evidence, the enhancement of sports fishing accords with neither of the purposes underlying the protection of aboriginal rights, and cannot justify the infringement of those rights. It is not aimed at the recognition of distinct aboriginal cultures. Nor is it aimed at the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society, since sports fishing, without evidence of a meaningful economic dimension, is not "of such overwhelming importance to Canadian society as a whole" (*Gladstone*, at para. 74) to warrant the limitation of aboriginal rights.

59 Furthermore, the scheme does not meet the second leg of the test for justification, because it fails to provide the requisite priority to the aboriginal

pour justifier le gouvernement de porter atteinte à des droits ancestraux.

Tout comme les limites imposées aux droits inscrits dans la *Charte*, les limites imposées aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent, pour être justifiables, respecter les objectifs visés par la décision de constitutionnaliser ces droits: *Gladstone*, précité, au par. 71. Ces objectifs sont la reconnaissance du fait que les peuples autochtones occupaient déjà l'Amérique du Nord et la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire: *Van der Peet*, au par. 39, et *Gladstone*, au par. 72. Des mesures visant la conservation des ressources sont manifestement compatibles avec ces deux objectifs, et peuvent donc limiter des droits ancestraux, comme c'était le cas dans *Sparrow*.

J'éprouve de la difficulté à accepter, dans les circonstances du présent pourvoi, que la mise en valeur de la pêche sportive est en soi un objectif impérieux et réel pour ce qui concerne l'application du par. 35(1). Bien que la pêche sportive soit une activité économique importante dans certaines régions du pays, il n'y a en l'espèce aucune preuve que les activités de pêche sportive que le régime en litige vise à favoriser ont une dimension économique importante. En l'absence d'une telle preuve, la mise en valeur de la pêche sportive n'est pas à elle seule un objectif compatible avec l'un ou l'autre des deux objets qui sous-tendent la protection accordée aux droits ancestraux, et elle ne peut justifier l'atteinte portée à ces droits. Elle n'a pas pour but la reconnaissance de cultures autochtones distinctes. Elle ne vise pas non plus la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne, puisque, en l'absence d'éléments de preuve établissant qu'elle a une dimension économique importante, la pêche sportive ne revêt pas «une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble» (*Gladstone*, au par. 74) justifiant de limiter des droits ancestraux.

Qui plus est, le régime ne respecte pas le second volet du critère relatif à la justification, car il n'accorde pas la priorité requise au droit ancestral de

right to fish for food, a requirement laid down by this Court in *Sparrow*. As we explained in *Gladstone*, the precise meaning of priority for aboriginal fishing rights is in part a function of the nature of the right claimed. The right to fish for food, as opposed to the right to fish commercially, is a right which should be given first priority after conservation concerns are met.

VI. Disposition

In the result the appeal is allowed and the appellant's conviction is set aside.

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

Question: Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as they read on May 7, 1982, of no force or effect with respect to appellant in the circumstances of these proceedings in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by appellant?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal, as well as the appeals heard contemporaneously in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and the appeal in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, concern aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

This broad issue was dealt with in *Van der Peet* and the present case provides an opportunity to examine, more particularly, the relationship between aboriginal rights and aboriginal title. I have had the benefit of the Chief Justice's opinion and I agree with the result he reaches. I also agree generally with his reasons, subject to the following

pêcher à des fins alimentaires, exigence fixée par notre Cour dans *Sparrow*. Comme nous l'avons expliqué dans *Gladstone*, la signification précise de la priorité accordée aux droits de pêche ancestraux est en partie fonction de la nature du droit revendiqué. Contrairement au droit de pêcher commercialement, le droit de pêcher à des fins alimentaires est un droit qui doit se voir accorder la priorité, une fois qu'il a été tenu compte des besoins en matière de conservation.

VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appellant est annulée.

Pour les motifs qui précèdent, il faut répondre de la façon suivante à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, dans sa version du 7 mai 1982, est-il inopérant en ce qui concerne l'appellant dans les circonstances de l'espèce, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appellant a invoqués?

Réponse: Oui.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi et les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, ainsi que le pourvoi *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, portent sur les droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cette question générale a été traitée dans *Van der Peet*. Le présent pourvoi offre une occasion d'examiner de façon plus particulière le rapport entre ces droits ancestraux et le titre aborigène. J'ai pris connaissance de l'opinion du Juge en chef et je souscris au résultat auquel il arrive. Je suis également substantiellement d'accord avec ses motifs,

60

61

62

63

comments about the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, and about the proper approach to the definition of the nature and extent of aboriginal rights.

64 Like the Chief Justice, I am of the view that this case must be decided on the basis of an existing aboriginal right which is unjustifiably restricted by the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852. As regards the relationship between aboriginal rights and aboriginal title, however, I wish to emphasize, as did Rothman J.A., dissenting at the Court of Appeal, that aboriginal rights can exist independently of aboriginal title. In *Van der Peet*, I pointed out that the doctrine of aboriginal rights was not solely concerned with land but covered all aboriginal interests arising out of their historic occupation and use of ancestral lands (at para. 116):

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

65 Although the point is implicit in the Chief Justice's reasons, I believe it is important in this case to state clearly that aboriginal rights can be incidental to aboriginal title but need not be: they are severable from and can exist independently of aboriginal title (*Van der Peet*, at para. 119, per L'Heureux-Dubé J.). Put another way, the strict conditions for recognition of aboriginal title at common law (see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; and *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518) are not applica-

sous réserve des commentaires qui suivent relativement au rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène et à la façon dont doivent être définies la nature et l'étendue des droits ancestraux.

À l'instar du Juge en chef, je suis d'avis que le présent pourvoi doit être tranché sur le fondement d'un droit ancestral existant, qui est restreint de manière injustifiée par le *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852. Cependant, en ce qui concerne le rapport entre les droits ancestraux et le titre aborigène, je tiens à souligner, comme l'a fait le juge Rothman de la Cour d'appel, dissident, que les droits ancestraux peuvent exister indépendamment du titre aborigène. Dans *Van der Peet*, j'ai souligné que la doctrine des droits ancestraux ne visait pas uniquement les terres mais aussi tous les intérêts ancestraux découlant de l'occupation et de l'utilisation historiques des terres ancestrales (au par. 116):

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

Même si ce point ressort implicitement des motifs du Juge en chef, je crois qu'il est important, en l'espèce, d'indiquer clairement que les droits ancestraux peuvent être des éléments accessoires d'un titre aborigène, mais non nécessairement; ces droits sont dissociables du titre aborigène et peuvent exister indépendamment de celui-ci (*Van der Peet*, au par. 119, le juge L'Heureux-Dubé). En d'autres termes, les conditions strictes de reconnaissance d'un titre aborigène en common law (voir les arrêts *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; et

ble when, as in this case, the appellant seeks, not the broadest right to occupy and use a tract of land, but only the limited right to fish upon it. In such cases, the only requirements are those set out in *Van der Peet*, regarding the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

With respect to the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights, the test utilized by the Chief Justice centres on the individualized practices of the particular aboriginal group prior to contact with the Europeans. I must distance myself from this approach. In *Van der Peet*, I suggested the following guidelines regarding the definition of aboriginal rights guaranteed by s. 35(1) (at para. 180):

In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices, traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. [Emphasis added.]

Accordingly, a "frozen rights" approach focusing on aboriginal practices should not, in my view, be adopted to define aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, [1980] 1 CF. 518) ne s'appliquent pas dans les cas où, comme en l'espèce, l'appellant sollicite non pas le droit plus général, soit celui d'occuper et d'utiliser une parcelle de terre, mais uniquement le droit restreint d'y pêcher. Dans ces cas, les seules exigences applicables sont celles qui ont été énoncées dans *Van der Peet* relativement à la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En ce qui concerne l'approche à suivre pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux, le test utilisé par le Juge en chef est axé sur les pratiques propres au groupe autochtone particulier avant le contact avec les Européens. Je dois me dissocier de cette approche. Dans *Van der Peet*, j'ai proposé les lignes directrices suivantes relativement à l'interprétation des droits ancestraux garantis par le par. 35(1) (au par. 180):

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. [Je souligne.]

Par conséquent, il ne faut pas, selon moi, adopter une approche fondée sur la notion de «droits figés» pour définir les droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

67

This being said, in this case, I agree with the Chief Justice that, in view of the evidence presented at trial, the Mohawks of the St. Regis (Akwasasne) Reserve, of which the appellant is a member, possess an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis, a right which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, since they have fished for food on the tract of land in question in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization for a substantial and continuous period of time. Furthermore, I agree with the Chief Justice that this right was not extinguished by a "clear and plain intention" of the Government, that the *Quebec Fishery Regulations* constitute a *prima facie* infringement of that right, and that such a restriction is not justified under the *Sparrow* test (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075).

68

In the result, I would dispose of the appeal in the manner stated by the Chief Justice and answer the constitutional question as he suggests.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: O'Reilly & Associates, Montreal.

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

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Cela dit, en l'espèce, je suis d'accord avec le Juge en chef que, à la lumière de la preuve présentée au procès, les Mohawks de la réserve de Saint-Régis (Akwasasne), dont l'appelant est membre, possèdent le droit ancestral de pêcher pour se nourrir dans le lac Saint-François, droit qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque les Mohawks ont pêché pour se nourrir sur la parcelle de terre en cause d'une manière suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. De plus, je suis d'accord avec le Juge en chef que ce droit n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» en ce sens par le gouvernement, que le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte *prima facie* à ce droit et qu'une telle restriction n'est pas justifiée suivant le critère établi dans *Sparrow* (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075).

En conséquence, je suis d'avis de trancher le présent pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle de la manière proposée par le Juge en chef.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: O'Reilly & Associates, Montréal.

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

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