

Franck Côté, Peter Decontie, Frida Morin-Côté, Russell Tenasco and Ben Decontie *Appellants/Respondents on Cross-Appeal*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Appellant on Cross-Appeal*

and

The Attorney General of Canada, Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation and Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. Côté

File No.: 23707.

1996: June 17; 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 — Natives teaching traditional fishing techniques — Charge of fishing without licence laid — Incident occurring in traditional fishing area — Whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land — Whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Constitutional law — Aboriginal rights — Quebec — Aboriginal law not recognized by French colonial regime prior to transition to British sovereignty — Whether constitutional protection extends to aboriginal practices, customs and traditions of Quebec natives — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Quebec Act, 1774,

Franck Côté, Peter Decontie, Frida Morin-Côté, Russell Tenasco et Ben Decontie *Appellants/Intimés dans le pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Appelante dans le pourvoi incident*

et

Le procureur général du Canada, Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw et le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. Côté

N° du greffe: 23707.

1996: 17 juin; 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 — Autochtones enseignant les méthodes traditionnelles de pêche — Dépôt d'une accusation d'avoir pêché sans permis — L'incident s'est produit dans un territoire de pêche traditionnel — Les droits de pêche ancestraux ou autres droits ancestraux sont-ils nécessairement des accessoires de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire? — Un droit ancestral peut-il exister indépendamment d'une telle revendication? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Québec — Les droits ancestraux n'étaient pas reconnus par le régime colonial français avant la transition à la souveraineté britannique — La protection de la Constitution s'étend-elle aux coutumes, pratiques et traditions des autochtones du Québec? — Loi constitutionnelle de

R.S.C., 1985, App. II, No. 2 — Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty right to fish — Division of powers — Natives entering a provincial controlled harvest zone by motorized vehicle — Provincial regulation requiring payment of fee for such entry — Fee directly tied to cost of roads and infrastructure — Entry by other modes of transportation free — Whether a provincial regulation infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and s. 88 of the Indian Act — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, s. 88 — Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), ss. 5, 5.1.

Practice — Defective information — Amendment — Information indicating wrong section — Parties aware of infraction notwithstanding defect — Whether the information should be amended by this Court — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601 — Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

The appellants, all Algonquins, were members of an expedition to teach traditional fishing methods. All were convicted under Quebec's *Regulation respecting controlled zones* with entering a controlled harvest zone (Z.E.C.) without paying the required fee for motor vehicle access. This zone was located within the appellants' traditional hunting and fishing grounds. The appellant Côté was also convicted under s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* of fishing within the zone without a valid licence. The Superior Court and the Court of Appeal upheld the convictions. The appellants jointly challenged their convictions on the basis that they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The Attorney General cross-appealed the Court of Appeal's

1982, art. 35(1) — *Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), app. II, n° 2 — *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de pêche issu de traité — Partage des pouvoirs — Des autochtones sont entrés en véhicule automobile dans une zone d'exploitation contrôlée provinciale — Droits d'entrée requis par un règlement provincial — Droits directement liés aux coûts des infrastructures routières — Possibilité d'entrer gratuitement par d'autres moyens de transport — Un règlement provincial portant atteinte à un droit de pêche issu de traité est-il inopérant en raison de la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5, art. 88 — Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5, 5.1.

Pratique — Dénonciation défectueuse — Modification — Dénonciation n'indiquant pas le bon article — Parties au courant de l'infraction malgré la dénonciation défectueuse — La Cour devrait-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601 — Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.

Les appelants, des Algonquins, participaient à une expédition ayant pour but d'enseigner des méthodes traditionnelles de pêche. Ils ont tous été déclarés coupables, en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* du Québec, d'être entrés dans une zone d'exploitation contrôlée (Z.E.C.) sans payer les droits d'entrée requis à l'égard des véhicules automobiles. Cette zone était située dans les territoires de chasse et de pêche traditionnels des appelants. L'appellant Côté a en outre été reconnu coupable d'avoir pêché sans permis dans cette zone, en violation du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont maintenu les déclarations de culpabilité. Les appelants ont contesté conjointement les déclarations de culpabilité prononcées contre eux, faisant valoir qu'ils exerçaient un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits reconnus et garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le procureur général a formé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel selon laquelle les appelants jouissaient

holding that the appellants enjoyed a treaty right to fish under a treaty concluded at Swegatchy in 1769.

In resolving this appeal, the Court had to address three questions: (1) whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land, or whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title; (2) 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 commencement of British sovereignty in 1763; and, (3) whether a provincial regulation allegedly infringing a treaty right to fish was of no force or effect given the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from provincial legislation under both s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and s. 88 of the *Indian Act*.

The information laid was defective in that it referred to s. 5 rather than s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. A further issue existed as to whether the information, absent any confusion because of the error, should be amended by this Court.

Held: The appeal against the conviction of Franck Côté under s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* should be allowed. The appeals against conviction under the *Regulation respecting controlled zones* should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The appellants were not obliged to prove aboriginal title over the Z.E.C., whether at common law or under the *Royal Proclamation, 1763*, as a precondition to demonstrating the existence of an ancestral right to fish. For the reasons given in *R. v. Adams*, aboriginal rights may indeed exist independently of aboriginal title. Aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine of aboriginal rights. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was to constitutionally entrench and recognize those practices, customs and traditions central to the distinctive culture of pre-existing aboriginal societies. These defining practices, customs and traditions are not limited to those representing incidents of a continuous and historical occupation of a specific tract of land. A protected aboriginal right falling short of aboriginal title

d'un droit de pêche issu d'un traité conclu en 1769, à Swegatchy.

Pour trancher le présent pourvoi, la Cour devait répondre à trois questions: (1) celle de savoir si un droit de pêche ancestral ou un autre droit ancestral est nécessairement un accessoire de la revendication d'un titre aborigène sur un territoire, ou si un droit ancestral peut exister indépendamment d'une telle revendication; (2) celle de savoir si, suivant les principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle prévue au par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions autochtones qui n'ont pas été reconnues légalement par le régime colonial de la Nouvelle-France avant la transition à la souveraineté britannique en 1763; (3) celle de savoir si un règlement provincial qui, prétend-on, porterait atteinte à un droit de pêche issu de traité, est inopérant, étant donné la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art 88 de la *Loi sur les Indiens*, les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles.

La dénonciation était défectueuse, car elle mentionnait l'art. 5 plutôt que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. La Cour devait donc en outre décider si elle devait modifier la dénonciation, en l'absence de toute confusion attribuable à l'erreur.

Arrêt. Le pourvoi formé par Franck Côté contre la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit en vertu du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* est accueilli. Les pourvois formés contre les déclarations de culpabilité fondées sur le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* sont rejetés.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les appellants n'étaient pas tenus de prouver l'existence d'un titre aborigène sur la Z.E.C., que ce soit en vertu de la common law ou de la *Proclamation royale de 1763*, comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral. Pour les motifs exposés dans le pourvoi *R. c. Adams*, des droits ancestraux peuvent effectivement exister indépendamment d'un titre aborigène. Le titre aborigène n'est qu'une manifestation de la doctrine des droits ancestraux. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise à protéger et à reconnaître dans la Constitution les coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Les coutumes, pratiques et traditions déterminantes de ces sociétés ne sont pas limitées aux coutumes, pratiques et

may nonetheless have an important link to the land. An aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory of location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact. As such, an aboriginal right will often be defined in site-specific terms, with the result that it can only be exercised upon a specific tract of land.

French law, while never explicitly recognizing the existence of a *sui generis* aboriginal interest in land, did not explicitly deny its existence. Indeed, the French Crown may never have assumed full title and ownership to the lands occupied by aboriginal peoples in light of the nature and pattern of French settlement in New France and given its diplomatic relations which maintained that aboriginal peoples were sovereign nations rather than mere subjects of the monarch.

It is not clear that French colonial law governing relations with aboriginal peoples was mechanically received by the common law upon the commencement of British sovereignty. The common law recognizing aboriginal title was arguably a necessary incident of British sovereignty which displaced the pre-existing colonial law governing New France. Indeed, the law of aboriginal title has been found to be a distinct species of federal common law rather than a simple subset of the common or civil law or property law operating within the province.

Even if it is assumed that the French Crown did not legally recognize the right of the Algonquins to fish within the Z.E.C. prior to the commencement of British sovereignty, the appellants can still seek to establish their aboriginal right to fish within the Z.E.C. under the principles of the *Van der Peet* trilogy. The intervention of French sovereignty did not negate the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The fact that a particular practice, custom or tradition continued, in an unextinguished manner, following the arrival of Europeans but in the absence of the formal gloss of legal recognition from French colonial law should not undermine the constitutional protection accorded to aboriginal peoples. Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral

traditions qui sont des accessoires de l'occupation continue et historique d'un territoire spécifique. Il est néanmoins possible qu'un droit ancestral protégé, même s'il ne s'agit pas d'un titre aborigène, ait un lien important avec le territoire où il est exercé. Une coutume, pratique ou tradition autochtone valant d'être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact. Voilà pourquoi un droit ancestral sera souvent défini en fonction d'un site spécifique, avec pour conséquence qu'il ne peut être exercé qu'à cet endroit.

Quoique le droit français n'ait jamais explicitement reconnu l'existence d'un titre indien *sui generis* sur les terres, il n'a pas non plus nié explicitement son existence. De fait, il est possible que la Couronne française n'ait jamais acquis la propriété pleine et entière des territoires occupés par les peuples autochtones, eu égard à la nature et à la manière dont s'est effectué le peuplement français en Nouvelle-France et au fait que, dans ses relations diplomatiques, la Couronne française a maintenu que les autochtones formaient des nations souveraines et n'étaient pas de simples sujets du monarque.

Il n'est pas évident que le droit colonial français régissant les relations avec les peuples autochtones a été automatiquement reçu par la common law au début de la souveraineté britannique. Il est possible de prétendre que la reconnaissance du titre aborigène par la common law constituait une conséquence nécessaire de la souveraineté britannique, qui a écarté le droit colonial antérieur qui régissait la Nouvelle-France. De fait, il a été reconnu que le droit relatif au titre aborigène constitue une catégorie distincte de la common law fédérale plutôt qu'un domaine de la common law, du droit civil ou du droit des biens applicable dans la province.

Même en supposant que la Couronne française n'a pas reconnu légalement le droit des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. avant le début de la souveraineté britannique, les appelants ont néanmoins la possibilité de démontrer qu'ils avaient, suivant les principes énoncés dans la trilogie *Van der Peet*, le droit ancestral de pêcher dans la Z.E.C. La souveraineté française n'a pas mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France. Le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones. Le

and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features receiving the legal recognition and approval of European colonizers. Such a static and retrospective interpretation of s. 35(1) cannot be reconciled with the noble and prospective purpose of the constitutional entrenchment of aboriginal and treaty rights in the *Constitution Act, 1982*. Indeed, the respondent's proposed interpretation risks undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect the distinctive cultures of pre-existing aboriginal societies. In addition, the French Regime's failure to recognize legally a specific aboriginal practice, custom or tradition (and indeed the French Regime's tacit toleration of a specific practice, custom or tradition) clearly cannot be equated with a "clear and plain" intention to extinguish such practices under the extinguishment test of s. 35(1).

A substantive aboriginal right will normally include the incidental right to teach such a practice, custom and tradition to a younger generation to ensure the continuity of aboriginal practices, customs and traditions. The actual substantive claim in this instance was therefore a site-specific right to fish for food. The *Quebec Fishery Regulations* prohibit all fishing within the area in the absence of a licence and on its face directly regulates the appellant's fishing practices. The *Regulation respecting controlled zones*, however, only prohibits access to the Z.E.C. by motor vehicle in the absence of payment of a fee. At face value, the provincial regulation would appear to regulate a right of access to land, rather than a right to fish. But a right to fish for food upon a certain tract of territory would be meaningless without a right of physical access to that territory. If the provincial regulation effectively precluded the Algonquins from gaining access to the Z.E.C., such a regulation would have a direct impact upon the claimed right to fish. Under the totality of the circumstances, the asserted right is therefore properly framed as a right to fish for food within the territory of the Z.E.C.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the court to inquire whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to the contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. Evidence that a

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 s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes qui ont été reconnues légalement par les colonisateurs européens. Une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. De fait, l'interprétation proposée par l'intimée risque de saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté la culture distinctive des sociétés autochtones préexistantes. Le fait que le régime français n'ait pas reconnu une coutume, pratique ou tradition autochtone donnée (et, de fait, la tolérance tacite par le régime français d'une telle coutume, pratique ou tradition) ne peuvent manifestement pas être assimilés à l'intention «claire et expresse» d'éteindre de telles pratiques requise par le critère relatif à l'extinction des droits visés au par. 35(1).

Pour assurer la continuité des coutumes, pratiques et traditions autochtones, un droit ancestral substantiel emportera normalement le droit accessoire d'enseigner ces coutumes, pratiques ou traditions à la génération qui suit. Le droit substantiel revendiqué en l'espèce était donc le droit de pêcher dans un site spécifique pour se nourrir. Le *Règlement de pêche du Québec* interdit à quiconque de pêcher sans permis dans la zone. Il ressort de la simple lecture de ce texte qu'il réglemente directement les pratiques de pêche de l'appelant. Toutefois, le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne fait qu'interdire l'accès à la Z.E.C. en véhicule automobile à moins de payer les droits prescrits. Comme tel, le texte provincial semble réglementer le droit d'accès au territoire plutôt que le droit d'y pêcher. Cependant, le droit de pêcher pour se nourrir dans un territoire donné serait dénué de sens en l'absence du droit d'accéder à ce territoire. Si le règlement provincial empêchait effectivement les Algonquins d'avoir accès à la Z.E.C., il aurait alors une incidence directe sur le droit de pêche revendiqué. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on peut à juste titre caractériser le droit revendiqué de droit de pêcher à des fins alimentaires dans le territoire de la Z.E.C.

Suivant la deuxième étape de l'analyse faite dans *Van der Peet*, le tribunal doit examiner si l'activité que l'on prétend être un droit ancestral est un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question. La

custom was a significant part of their distinctive culture at contact will generally be sufficient to demonstrate that that custom was also significant to that particular culture prior to contact. Here, the relevant time period for contact is best identified as the arrival of Samuel de Champlain in 1603.

In light of the Crown's failure to elicit any contrary historical evidence at trial, the evidence produced at trial coupled with the findings of fact of the Superior Court was sufficient to support the inference that fishing for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. was a significant part of the life of the Algonquins from at least 1603 and the arrival of French explorers and missionaries into the area. Fishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires a "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. Because the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title, they did not direct themselves to answering this question. Nevertheless, a survey of the record revealed that this part of the *Van der Peet* test was met. In conclusion, the appellants have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. under the *Van der Peet* test.

The Algonquins' aboriginal right to fish within the Z.E.C. was not extinguished prior to 1982, because the respondent declined to offer any proof relating to the question of extinguishment.

Certain factors might indicate that there had been a *prima facie* infringement of an aboriginal right: (1) whether the limitation is unreasonable; (2) imposes undue hardship; (3) or denies the holder of the right the preferred means of exercising that right. As noted in *R. v. Gladstone*, however, these questions do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate if such an infringement has taken place. The onus of proving a *prima facie* infringe-

preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple suffira en règle générale à établir que cette coutume constituait également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture en question. En l'espèce, le moment qui correspond le plus précisément au contact avec les Européens est l'arrivée de Samuel de Champlain en 1603.

Étant donné que, au procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve historique à l'effet contraire, la preuve qui y a été produite, conjuguée aux conclusions de fait de la Cour supérieure, est suffisante pour étayer la conclusion que la pêche à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. était un aspect important de la vie des Algonquins, depuis au moins 1603 et l'arrivée des explorateurs et des missionnaires français dans cette région. La pêche était importante pour les Algonquins parce qu'elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l'hiver.

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. Étant donné que les juridictions inférieures ont toutes supposé que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication d'un titre aborigène sous-jacent, elles ne se sont pas posé cette question. Il ressort néanmoins de l'examen du dossier que ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait. En conclusion, les appelants ont, suivant le critère établi dans *Van der Peet*, démontré l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C.

Il n'y a pas eu extinction, avant 1982, du droit ancestral des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C, puisque l'intimée a décidé de ne pas présenter de preuve relativement à la question de l'extinction.

Certains facteurs peuvent indiquer qu'il y a eu atteinte à première vue à un droit ancestral: (1) La restriction est-elle déraisonnable? (2) Le règlement est-il indûment rigoureux? (3) Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? Toutefois, comme il a été souligné dans *R. c. Gladstone*, ces questions ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais ils mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une

ment lies on the individual or group challenging the legislation.

The *Quebec Fishery Regulations* infringed the appellant Côté's right to fish for food within the Z.E.C. They stipulated that a person fishing within designated territories must hold a valid licence. The regulations, while authorizing the Minister at his or her discretion to issue a special permit to an aboriginal person authorizing that person to fish for food, did not prescribe any criteria to guide or structure the exercise of this discretion. Such a regulatory scheme must, in the very least, structure the exercise of a discretionary power to ensure that the power is exercised in a manner consistent with the Crown's special fiduciary duties towards aboriginal peoples, as is held in *Adams*. Section 4(1) and the surrounding provisions of the *Quebec Fishery Regulations* therefore impose undue hardship on the appellant and interfere with his preferred mode of exercising his rights.

The *Regulation respecting controlled zones* does not infringe the appellants' right to fish for food within the Z.E.C. Under the terms of the provincial regulation, an Algonquin person is at liberty to enter the Z.E.C. by a variety of means other than motor vehicle without fee. Although the regulation may infringe an aboriginal or treaty right under the *Sparrow* test by conditioning the exercise of such a right upon the payment of a user fee, the financial burden in this instance does not amount to an infringement of the appellants' ancestral right to fish for food. The fee, rather than constituting a revenue-generating tax for the provincial government or the Z.E.C. administration, represented a form of user fee dedicated to the upkeep of the facilities and roads of the Z.E.C. The access fee, by improving the means of transportation within the Z.E.C., effectively facilitates rather than restricts the constitutional rights of the appellants.

In determining whether an infringement is justified, the court must first be satisfied that the asserted legislative objective is "compelling and substantial" and then examine whether the infringement unduly restricts the aboriginal right in question and whether the restriction can be accommodated with the Crown's special fiduciary relationship with First Nations. The infringement of the appellant Côté's right to fish resulting from s. 4(1)

telle atteinte a été commise. C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu atteinte à première vue.

Le *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Il prévoit que les personnes qui désirent pêcher dans des territoires désignés doivent être titulaires d'un permis valide. Même si le ministre peut, à son appréciation, accorder à un autochtone un permis spécial l'autorisant à pêcher pour se nourrir, le règlement ne fixe aucun critère visant à guider ou à structurer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un tel régime de réglementation doit à tout le moins structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire, de façon à garantir que celui-ci sera appliqué d'une manière compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, comme il a été jugé dans *Adams*. Le paragraphe 4(1) et les dispositions connexes du *Règlement de pêche du Québec* sont donc indûment rigoureux envers l'appellant et l'empêchent d'avoir recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte au droit des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. En vertu du règlement provincial, un Algonquin peut, sans avoir à verser de droits d'entrée, entrer dans la Z.E.C. en utilisant divers moyens de transport, sauf un véhicule automobile. Suivant le critère établi dans *Sparrow*, un règlement peut être considéré comme portant atteinte à un droit ancestral ou issu de traité du fait qu'il assujettit l'exercice d'un tel droit au paiement de droits d'utilisation. Toutefois, le fardeau financier imposé en l'espèce ne constitue pas une atteinte au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires. Les droits d'entrée ne constituent pas une taxe génératrice de revenus pour le gouvernement provincial ou pour l'administration de la Z.E.C., mais plutôt une forme de droits d'utilisation dont le produit est consacré à l'entretien des installations et des routes de la Z.E.C. En permettant l'amélioration des voies de communication à l'intérieur de la Z.E.C., les droits ne restreignent pas les droits constitutionnels des appelants, mais dans les faits ils en facilitent plutôt l'exercice.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'atteinte est justifiée, le tribunal doit d'abord être convaincu que l'objectif législatif invoqué est «impérieux et réel». Puis, il doit se demander si l'atteinte restreint indûment le droit ancestral en cause et si cette restriction est conciliable avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l'État à l'égard des premières nations. L'atteinte au droit de pêche de l'appellant Côté découlant du par. 4(1) du

of the *Quebec Fishery Regulations* was not justified. The Crown failed to meet both legs of the test of justification, since the scheme appeared driven by the objective of facilitating sport fishing, and since the scheme provided no priority to aboriginal rights to fish for food. Absent infringement, it was not necessary to consider whether this provincial regulatory scheme met the test of justification.

Section 88 of the *Indian Act* serves two distinct purposes. The first is jurisdictional. Through its operation, provincial laws otherwise not applicable to native persons under the division of powers are made applicable as incorporated federal law. The second is to accord federal statutory protection to aboriginal treaty rights through the operation of the doctrine of federal paramountcy.

Section 88 was not engaged here. Assuming without deciding the existence of the alleged treaty right, the impugned provincial regulation did not restrict or infringe this treaty right to fish. Rather, it only imposed a modest financial burden on the exercise of this alleged treaty right where access is sought by motor vehicle, and under the circumstances, the access fee actually facilitated rather than restricted the exercise of this right. Thus, even if the relevant right is characterized as a treaty right, the provincial regulation remains operative in relation to the activities of the appellants.

In considering whether to amend a defective information or indictment, a court must concern itself with the impact of the proposed amendment upon the accused. The applicable standard under s. 601 of the *Criminal Code* is whether the accused would suffer "irreparable prejudice" as a result of the amended charge. The applicable standard for amendment is the same under the *Summary Convictions Act*. To the extent that the evidence conforms with the correct charge and the appellants have not been misled or irreparably prejudiced by the variance between the evidence and the information, the defect can and should be remedied. There is no evidence here that the appellants have been prejudiced or misled by the reference to s. 5 in the information.

Règlement de pêche du Québec n'était pas justifiée. Le ministère public n'a pas réussi à satisfaire les deux volets du critère relatif à la justification, puisque le régime semblait avoir pour objectif de favoriser la pêche sportive et qu'il n'accordait aucune priorité aux droits ancestraux de pêcher à des fins alimentaires. En l'absence d'atteinte aux droits garantis, il n'était pas nécessaire d'examiner si ce régime provincial de réglementation satisfaisait au critère de justification.

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise deux objectifs distincts. Le premier concerne le partage des compétences. En effet, sous le régime de cette disposition, des mesures législatives provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas aux Indiens, en raison du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, leur deviennent applicables en tant que droit fédéral incorporé par renvoi. Le deuxième consiste à accorder une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones, par l'application de la prépondérance fédérale.

En l'espèce, l'art. 88 ne s'applique pas. À supposer, sans toutefois trancher la question, que le droit issu de traité invoqué existe, le règlement provincial contesté n'a pas pour effet de restreindre ce droit de pêche ou d'y porter atteinte. Il ne fait qu'assujettir l'exercice du droit issu de traité invoqué à une modeste obligation financière lorsque l'intéressé souhaite accéder au territoire en véhicule automobile, et, dans les circonstances, ces droits d'entrée ont en réalité non pas pour effet de restreindre ce droit mais plutôt d'en faciliter l'exercice. En conséquence, même s'il est subordonné aux termes du traité invoqué, le règlement provincial continue de s'appliquer aux activités des appelants.

Le tribunal appelé à décider s'il y a lieu de modifier une dénonciation ou un acte d'accusation défectueux doit tenir compte des répercussions pour l'accusé de la modification proposée. La norme applicable en ce qui concerne l'art. 601 du *Code criminel* est la question de savoir si l'accusé subirait un «préjudice irréparable» par suite de la modification de l'acte d'accusation. La norme applicable en matière de modification est la même dans les affaires fondées sur la *Loi sur les poursuites sommaires*. Dans la mesure où la preuve est conforme à la bonne accusation et où les appelants n'ont pas été induits en erreur ou n'ont pas subi de préjudice irréparable en raison d'une divergence entre la preuve et les dénonciations, la défectuosité peut et doit être corrigée. En l'espèce, il n'y a rien dans la preuve qui indique que les appelants ont subi un préjudice ou qu'ils ont été induits en erreur par suite de la mention de l'art. 5 dans les dénonciations.

Per La Forest J.: The traditional use by natives that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose can be recognized as an aboriginal right, even though the natives have no general right of occupation ("Indian title") of the affected land. This type of servitude should be recognized and was sufficiently established here. The fact that Quebec once fell under the French regime does not affect the matter. It was not established — and certainly not in clear and plain terms — that this aboriginal right was extinguished either during the French regime or later. The right claimed is, therefore, an "existing right" under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Agreement was expressed with the reasons of Lamer C.J. with respect to the claimed right's being infringed by the *Quebec Fishery Regulations* but not by the *Regulation respecting controlled zones* and with respect to his discussion under the headings "Treaty Rights" and "Amendment of Information and Constitutional Questions".

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with subject to the comments made in *R. v. Adams*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, rev'g *sub nom. Adams v. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, aff'g [1987] R.J.Q. 1722; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Sammut v. Strickland*, [1938] A.C. 678; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Dick*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Le juge La Forest: L'utilisation traditionnelle — remontant avant l'arrivée des Européens — que font des autochtones d'un territoire donné, à une fin particulière, peut être reconnue comme un droit ancestral, même si ces autochtones ne possèdent pas de droit général d'occupation (souvent appelé «titre indien») du territoire visé. Ce type de servitude devrait être reconnu et son existence a été démontrée de manière suffisante en l'espèce. Il n'a pas été établi — et certainement pas en termes clairs et exprès — que ce droit ancestral a été éteint durant le régime français ou après. Le droit revendiqué est donc un droit «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il y a accord avec les motifs du Juge en chef pour ce qui concerne sa conclusion que ce droit a été violé par le *Règlement de pêche du Québec*, mais non par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, ainsi qu'avec les propos qu'il formule aux sections intitulées «Droits issus de traités» et «Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles».

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve des remarques faites dans *R. c. Adams*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, inf. *sub nom. Adams c. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, conf. [1987] R.J.Q. 1722; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

- An Act respecting the Conservation and Development of wildlife*, S.Q. 1983, c. 39.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 601.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5 [formerly R.S.C. 1970, c. I-6], s. 88.
Quebec Act, 1774, R.S.C., 1985, App. II, No. 2.
Quebec Fishery Regulations, C.R.C., c. 852, ss. 4(1) [rep. & sub. SOR/84-56, s. 3(1)], 5(3) [rep. & sub. SOR/81-660, s. 2(1)], (9) [ad. *idem*, s. 2(2)].
Regulation respecting controlled zones, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), ss. 5 [rep. & sub. (1984) 116 G.O. II, 2114, s. 4], 5.1 [ad. *idem*].
Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.
Summary Convictions Act, R.S.Q., c. P-15, ss. 66(1), 82, 90, 101.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

Authors Cited

- Boivin, Richard. "Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français" (1995), 55 *R. du B.* 135.
Brun, Henri. "Les droits des Indiens sur le territoire du Québec" (1969), 10 *C. de D.* 415.
Brun, Henri. *Le territoire du Québec: six études juridiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1974.
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1993.
Cumming, Peter A., and Neil H. Mickenberg, eds. *Native Rights in Canada*, 2nd ed. Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., 1972.
Eccles, W. J. "Sovereignty-Association, 1500-1783", *Canadian Historical Review*, 65, 4 (1984): 475-510.
Green, Leslie Claude, and Olive P. Dickason. *The Law of Nations and the New World*. Edmonton: The University of Alberta Press, 1989.
Indian-Eskimo Association of Canada. *Native Rights in Canada*. Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada. Toronto: Harvie Foundation, 1970.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

- Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), app. II, n° 2.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 601.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, L.Q. 1983, ch. 39.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6], art. 88.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.
Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q., ch. P-15, art. 66(1), 82, 90, 101.
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/84-56, art. 3(1)], 5(3) [abr. & rempl. DORS/81-660, art. 2(1)], 9 [mod. *idem*, art. 2(2)].
Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), art. 5 [abr. & rempl. (1984)116 G.O. II, 2496, art. 4], 5.1 [aj. *idem*].

Doctrine citée

- Boivin, Richard. «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995), 55 *R. du B.* 135.
Brun, Henri. «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» (1969), 10 *C. de D.* 415.
Brun, Henri. *Le territoire du Québec: six études juridiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1974.
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services, 1993.
Cumming, Peter A., and Neil H. Mickenberg, eds. *Native Rights in Canada*, 2nd ed. Toronto: Indian-Eskimo Association of Canada in association with General Publishing Co. Ltd., 1972.
Eccles, W. J. «Sovereignty-Association, 1500-1783», *Canadian Historical Review* 65, 4 (1984), 475-510.
Green, Leslie Claude, and Olive P. Dickason. *The Law of Nations and the New World*. Edmonton: The University of Alberta Press, 1989.
Indian-Eskimo Association of Canada. *Native Rights in Canada*. Report of the Légal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada. Toronto: Harvie Foundation, 1970.

- Jaenen, Cornelius J. "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime". In J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1991, 19.
- MacFarlane, R. O. "British Indian Policy in Nova Scotia to 1760", *Canadian Historical Review*, 19, 2 (1938): 154-167.
- MacNutt, W. S. *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857*. Toronto: McClelland & Stewart, 1965.
- Slattery, Brian. "Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?" In J. M. Bumsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I. Toronto: Oxford University Press, 1986.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Stanley, G. F. G. "The First Indian 'Reserves' in Canada", *Revue d'histoire de l'Amérique française* 4, 2 (1950): 178-210.
- Stanley, G. F. G. *New France: The Last Phase 1744-1760*. Toronto: McClelland & Stewart, 1968.
- Jaenen, Cornelius J. «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime». In J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1991, 19.
- MacFarlane, R. O. «British Indian Policy in Nova Scotia to 1760», *Canadian Historical Review*, 19, 2 (1938): 154-167.
- MacNutt, W. S. *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857*. Toronto: McClelland & Stewart, 1965.
- Slattery, Brian. «Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?» In J. M. Bumsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I. Toronto: Oxford University Press, 1986.
- Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Stanley, G. F. G. «The First Indian «Reserves» in Canada», *Revue d'histoire de l'Amérique française* 4, 2 (1950): 178-210.
- Stanley, G. F. G. *New France: The Last Phase 1744-1760*. Toronto: McClelland & Stewart, 1968.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98, (1993) 107 D.L.R. (4th) 28, dismissing an appeal from a judgment of Frenette J., [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107, dismissing an appeal from conviction by Barrière Prov. Ct. J., [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141, under the *Quebec Fishery Regulations* and the *Regulation respecting controlled zones*. Appeal allowed with respect to the conviction under the *Quebec Fishery Regulations* but dismissed with respect to the convictions under the *Regulation respecting controlled zones*.

Agnès Laporte, Richard Gaudreau and Michel Ste-Marie, for the appellants, respondents on the cross-appeal.

René Morin and Pierre Lachance, for the respondent, appellant on the cross-appeal.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and Richard Boivin, for the intervener the Attorney General of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98, (1993) 107 D.L.R. (4th) 28, qui a rejeté l'appel formé contre le jugement du juge Frenette, [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107, qui avait rejeté l'appel interjeté contre les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Barrière de la Cour provinciale, [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141, en vertu du *Règlement de pêche du Québec* et du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Pourvoi accueilli en ce qui concerne la déclaration de culpabilité fondée sur le *Règlement de pêche du Québec*, mais rejeté en ce qui concerne celles prononcées en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*.

Agnès Laporte, Richard Gaudreau et Michel Ste-Marie, pour les appelants, intimés dans le pourvoi incident.

René Morin et Pierre Lachance, pour l'intimée, appelante dans le pourvoi incident.

Jean-Marc Aubry, c.r., et Richard Boivin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Paul Dionne and Anjali Choksi, for the intervenor Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation.

Alan Pratt and Paul Williams, for the intervenor Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal and the appeal of *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, have been released simultaneously and should be read together in light of the closely related issues raised by both cases.

² The appellants, members of the Algonquin people, were convicted of the offence of entering a controlled harvest zone in the Outaouais region of Quebec without paying the required fee for motor vehicle access. The appellant Côté was additionally convicted of the offence of fishing within the zone in the absence of a valid licence. The appellants jointly challenge their convictions on the basis that they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

³ The appellant C6t6 was convicted under the same federal fishing regulation as the accused in *Adams*. In resolving both this appeal and *Adams*, this Court must answer the question of whether an aboriginal fishing or other right must be necessarily incident to a claim of aboriginal title in land, or whether an aboriginal right may exist independently of a claim of aboriginal title. In the trilogy of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, this Court elaborated the appropriate principles for identify-

Paul Dionne et Anjali Choksi, pour l'intervenant Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw.

Alan Pratt et Paul Williams, pour l'intervenant le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi ainsi que le pourvoi *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, ont été rendus en même temps et doivent être lus en corrélation, en raison de la connexité des questions qu'ils soulèvent.

Les appelants, des Algonquins, ont été déclarés coupables d'être entrés dans une zone d'exploitation contrôlée dans la région de l'Outaouais, au Québec, sans payer les droits d'entrée requis à l'égard des véhicules automobiles. L'appelant Côté a en outre été reconnu coupable d'avoir pêché sans permis dans cette zone. Les appelants contestent conjointement les déclarations de culpabilité prononcées contre eux, faisant valoir qu'ils exerçaient un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits qui sont reconnus et garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appelant Côté a été déclaré coupable aux termes du même règlement de pêche fédéral que l'accusé dans *Adams*. Pour trancher le présent pourvoi et l'arrêt *Adams*, notre Cour doit répondre à la question de savoir si un droit de pêche ancestral ou un autre droit ancestral est nécessairement accessoire à la revendication d'un titre aborigène sur un territoire, ou si un droit ancestral peut exister indépendamment d'une telle revendication. Dans la trilogie *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672,

ing aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). This case and *Adams* will require an application of the principles articulated in this trilogy to the question of the relationship between aboriginal title and other aboriginal rights, particularly fishing rights, recognized and affirmed by s. 35(1).

Additionally, these two related appeals involve the claim of an aboriginal right within the historic 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 did not achieve legal recognition under the colonial regime of New France prior to the transition to British sovereignty in 1763.

However, unlike the appeals in *Van Der Peet*, *Gladstone*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* and *Adams*, this appeal also implicates the constitutionality of a provincial regulation which allegedly infringes a treaty right to fish. Therefore, in the context of this appeal, this Court is additionally asked to consider the overlapping statutory and constitutional protection extended to treaty rights from inconsistent provincial legislation under both s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

II. Facts

The five appellants are Algonquin Indians, members of the Desert River Band and residents of the Maniwaki reserve. The relevant facts are not in dispute. In July 1984, the appellants, accompanied by a number of young aboriginal students, entered the Controlled Harvest Zone of Bras-Coupé-Desert (the "zone d'exploitation contrôlée", or "Z.E.C."), a 1 100 km² wilderness zone located in the Outaouais region of Quebec, by motor vehicle. The Z.E.C. falls outside the Maniwaki reserve. The appellants entered the Z.E.C. for the purpose of teaching the students traditional hunting and fish-

notre Cour a exposé les principes applicables pour identifier les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). En l'espèce et dans *Adams*, il faut appliquer les principes énoncés dans cette trilogie 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, les deux pourvois connexes dont nous sommes saisis concernent la revendication d'un droit ancestral à l'intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. En conséquence, notre Cour doit décider si, suivant les principes établis dans la trilogie *Van der Peet*, la protection constitutionnelle prévue au par. 35(1) s'étend aux coutumes, pratiques et traditions autochtones qui n'ont pas été reconnues légalement par le régime colonial de la Nouvelle-France avant la transition à la souveraineté britannique en 1763.

Toutefois, contrairement aux arrêts *Van der Peet*, *Gladstone*, *N.T.C. Smokehouse Ltd.* et *Adams*, le présent pourvoi met également en jeu la constitutionnalité d'un règlement provincial qui, prétend-on, porterait atteinte à un droit de pêche issu de traité. Par conséquent, en l'espèce, notre Cour est en outre appelée à examiner la double protection, de nature législative et constitutionnelle, dont jouissent les droits issus de traités à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

II. Les faits

Les cinq appelants sont des Indiens algonquins, membres de la bande indienne de la rivière Désert et résidants de la réserve de Maniwaki. Les faits pertinents ne sont pas contestés. En juillet 1984, les appelants, qui étaient accompagnés de jeunes élèves autochtones, sont entrés en véhicule automobile dans la zone d'exploitation contrôlée Bras-Coupé-Desert (la «zone d'exploitation contrôlée» ou «Z.E.C.»), région sauvage d'une superficie de 1 100 km², située dans l'Outaouais, au Québec. La Z.E.C. se trouve à l'extérieur de la réserve de Maniwaki. Les appelants ont pénétré dans la

4

5

6

ing practices. The appellants refused to pay the required fee for motor vehicle access to the Z.E.C. Upon entry within the zone, the appellant Côté fished the waters of Desert Lake to demonstrate traditional Algonquin fishing practices. Côté did not possess a fishing licence.

Z.E.C. afin d'enseigner aux élèves des méthodes traditionnelles de chasse et de pêche. Les appelants ont refusé de payer les droits requis pour entrer dans la Z.E.C. en véhicule automobile. Une fois entré dans la zone, l'appellant Côté a pêché dans le lac Désert pour montrer les méthodes traditionnelles de pêche des Algonquins. Côté n'avait pas de permis de pêche.

7

The appellants were collectively charged with the provincial offence of failing to pay the access fee required under the *Regulation respecting controlled zones*, R.R.Q. 1981, 370 (supp.), promulgated under *An Act respecting the conservation and development of wildlife*, S.Q. 1983, c. 39. Under the Regulation as it existed at the time, an individual on foot could enter the Z.E.C. free of charge, but an individual within a vehicle could only enter the Z.E.C. for an access fee ranging from \$3 to \$7. The penalty for failing to pay the access fee was a fine ranging from \$75 to \$200 per infraction. While the sworn information charged the appellants with infractions under s. 5 of the Regulation, the prosecution was conducted under the assumption that the appellants had committed infractions under s. 5.1 of the Regulation. As the two regulatory provisions read:

5. In order to hunt, fish or trap in a controlled zone, the following dues are payable:

(1) not more than 10 \$ per day for fishing, hunting or trapping activities, except for hunting deer, moose and black bear,

(2) not more than 25 \$ per day for hunting deer, moose and black bear.

5.1 In order to enter a controlled zone, the following dues are payable:

(1) not more than 3 \$ when a person enters alone in a vehicle;

(2) not more than 5 \$ when 2 persons enter in a vehicle;

(3) not more than 7 \$ when 3 persons or more enter in a vehicle;

(4) not more than an additional 3 \$ per vehicle entering or leaving the controlled zone between 10 p.m. and 7 a.m.

Les appelants ont été accusés collectivement d'avoir commis une infraction à la législation provinciale, c.-à-d. avoir omis de payer les droits d'entrée fixés par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, R.R.Q. 1981, 370 (suppl.), pris en vertu de la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.Q. 1983, ch. 39. En vertu du texte du Règlement en vigueur à l'époque, une personne à pied pouvait accéder gratuitement à la Z.E.C., mais la personne qui désirait y entrer à bord d'un véhicule devait payer des droits allant de 3 \$ à 7 \$. Les amendes prévues en cas de non-paiement des droits d'entrée variaient de 75 \$ à 200 \$ par infraction. Même si, dans les dénonciations faites sous serment, les appelants ont été accusés d'avoir enfreint l'art. 5 du Règlement, ils ont été poursuivis comme s'ils avaient contrevenu à l'art. 5.1 du Règlement. Ces deux articles étaient ainsi rédigés:

5. Pour chasser, pêcher ou piéger dans une zone d'exploitation contrôlée, une personne doit payer des droits:

(1) d'au plus 10 \$ par jour pour la pratique d'activités de pêche, de chasse ou de piégeage à l'exclusion de la chasse au cerf de Virginie, à l'orignal, à l'ours noir;

(2) d'au plus 25 [\$] par jour pour la chasse au cerf de Virginie, à l'orignal et à l'ours noir.

5.1 Pour accéder à une zone d'exploitation contrôlée, une personne doit payer des droits:

(1) d'au plus 3 \$ lorsqu'elle accède seule dans un véhicule;

(2) d'au plus 5 \$ lorsque 2 personnes accèdent dans un véhicule;

(3) d'au plus 7 \$ lorsque 3 personnes accèdent dans un véhicule;

(4) d'au plus 3 \$ supplémentaires par véhicule qui accède ou sort de la zone d'exploitation contrôlée entre 22 heures et 7 heures.

The single appellant Côté was additionally charged with the federal offence of fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, C.R.C., c. 852, promulgated under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14. Under ss. 5(3) and 5(9) of the Regulations, the appellant could have applied for a special licence exempting him from the requirements of the Regulations. As the provisions read:

4. (1) Subject to subsections (2), (6), (18), (19) and 18(1.2), no person shall fish for any fresh-water, anadromous or catadromous fish unless he is the holder of the appropriate licence described in Schedule III.

5....

(3) The Minister may issue to any person engaged in activities of an educational nature or in biological management or research a special licence exempting, subject to the conditions set out therein, the licensee from the requirements of these Regulations.

(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 the conditions set out therein, the catching of fish for food.

There is no evidence in the record which indicates that Côté had attempted to obtain a special licence.

The appellants admit the constituent elements of both offences. However, they claim that the federal and provincial regulations were inoperative in relation to their activities as they were exercising an aboriginal right and a concurrent treaty right to fish on their ancestral lands as recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. More specifically, they claim an aboriginal right to fish incident to a right of aboriginal title over the Z.E.C. derived from historical occupation at common law or, alternatively, under the terms of the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1 (hereinafter the "Proclamation"). For the purposes of the application of s. 35(1) and the Proclamation, it is accepted that the Z.E.C. falls within the boundaries of New France prior to

L'appellant Côté a en outre été accusé d'avoir commis une infraction à la législation fédérale, soit avoir pêché sans être titulaire d'un permis, en violation du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, C.R.C., ch. 852, pris en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14. En vertu des par. 5(3) et 5(9) du Règlement, l'appellant aurait pu demander un permis spécial l'exemptant de l'application du Règlement. Voici le texte de ces dispositions:

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2), (6), (18), (19) et 18(1.2), il est interdit de pêcher les poissons d'eau douce anadromes ou catadromes, à moins d'être titulaire du permis approprié visé à l'annexe m.

5....

(3) Le Ministre peut, par un permis spécial dans lequel il détermine les conditions, exempter les personnes en éducation, en gestion ou en recherches biologiques de l'application du présent règlement.

(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.

Rien dans la preuve versée au dossier n'indique que Côté a tenté d'obtenir un permis spécial.

Les appelants admettent les éléments constitutifs des deux infractions. Toutefois, ils soutiennent que les textes réglementaires fédéraux et provinciaux étaient inopérants en ce qui concerne leurs activités, car ils exerçaient et un droit ancestral et un droit issu de traité correspondant les autorisant à pêcher sur leurs terres ancestrales, droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Plus précisément, ils revendiquent un droit de pêche ancestral qui serait accessoire à un titre aborigène sur la Z.E.C., titre découlant de leur occupation historique de ce territoire suivant la common law ou, subsidiairement, aux termes de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1 (ci-après la «Proclamation»). Pour l'application du par. 35(1) et de la Proclamation, il est admis que la Z.E.C. se trouve à l'intérieur de ce qui était les frontières de la Nouvelle-France avant 1763, et à l'intérieur de la

1763, and within the interior of the Colony of Quebec under the Proclamation at 1763.

¹⁰ On April 21, 1988, Barrière Prov. Ct. J. rejected the appellants' constitutional arguments and convicted the appellants of the stipulated offences. The appellants appealed their convictions to the Superior Court under s. 90 of the former *Summary Convictions Act*, R.S.Q., c. P-15, and on May 19, 1989, Frenette J. upheld their convictions. On further appeal to the Quebec Court of Appeal, a majority of the Court (Baudouin and Tyndale JJ.A.) again affirmed the convictions. The majority found that the appellants enjoyed a treaty right to fish within the Z.E.C., but concluded that the access fee regulation and the licensing regulation could ultimately be justified under the test set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Delisle J.A., dissenting in part, would have allowed the appellant Côté's appeal of his conviction under the *Quebec Fishery Regulations*, as the licensing requirement could not be justified under the *Sparrow* test.

III. Judgments Below

¹¹ As a preliminary remark, I wish to note two important features of the judgments below. First, the judgments in the Provincial Court and the Superior Court were rendered prior to this Court's decisions in *Sparrow* and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025. Accordingly, both courts lacked the elaboration by this Court of the appropriate methodology and framework for approaching both aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and treaty rights under s. 88 of the *Indian Act*. Second, in all three of the courts below, the parties characterized their asserted aboriginal right to fish as a right incident to aboriginal title. As such, the judgments of the Provincial Court, Superior Court, and the Quebec Court of Appeal uniformly focused their factual inquiries and their legal analysis on whether the appellants had established the existence of aboriginal title over the Z.E.C. territory. In short, the

colonie appelée Québec aux termes de la Proclamation en 1763.

Le 21 avril 1988, le juge Barrière de la Cour provinciale a rejeté les arguments constitutionnels des appelants et les a déclarés coupables des infractions reprochées. Les appelants ont, en vertu de l'art. 90 de l'ancienne *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., ch. P-15, interjeté appel à la Cour supérieure de leur déclaration de culpabilité. Le juge Frenette a maintenu les déclarations de culpabilité le 19 mai 1989. En appel devant la Cour d'appel du Québec, la Cour à la majorité (les juges Baudouin et Tyndale) a elle aussi confirmé les déclarations de culpabilité. La majorité a conclu que les appelants possédaient le droit issu de traité de pêcher dans la Z.E.C., mais elle a statué que le règlement imposant les droits d'entrée et celui exigeant l'obtention d'un permis pouvaient, en dernière analyse, être justifiés suivant le critère établi dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Le juge Delisle, dissident en partie, aurait fait droit à l'appel formé par l'appelant Côté contre sa déclaration de culpabilité fondée sur le *Règlement de pêche du Québec*, puisque l'obligation de posséder un permis ne pouvait être justifiée selon le critère établi dans *Sparrow*.

III. Les juridictions inférieures

Au départ, j'aimerais signaler deux points importants en ce qui concerne les décisions des juridictions inférieures. Premièrement, les jugements de la Cour provinciale et de la Cour supérieure ont été prononcés avant que les arrêts de notre Cour *Sparrow* et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, aient été rendus. Par conséquent, les deux cours ne disposaient pas des explications de notre Cour concernant la méthode et le cadre d'analyse applicables pour l'examen des droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et des droits issus de traités visés à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Deuxièmement, devant les trois juridictions inférieures, les parties ont soutenu que le droit de pêche ancestral qu'elles revendiquaient était un droit accessoire d'un titre aborigène. Voilà pourquoi, dans leurs jugements, la Cour provinciale, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont toutes fait porter principale-

courts below did not consider the possibility that the appellants may have enjoyed a free-standing aboriginal right to fish independent of title.

Provincial Court, [1988] R.J.Q. 1969, [1989] 3 C.N.L.R. 141

At trial, the appellants adduced testimonial evidence from a number of lay and expert witnesses, including Dr. Raynald Parent (historian), Mr. Jean-Guy Deschênes (anthropologist), Mr. Jacques Frenette (anthropologist and ethnohistorian), and Messrs. Albert Brascoupé and William Commanda (elders of the Desert River Band). In argument, the appellants submitted that they had demonstrated the existence of aboriginal title over the territory of the Z.E.C. under the terms of the Proclamation and at common law. Alternatively, the appellants submitted that they had established the existence of a valid treaty, concluded in 1760 at Swegatchy and subsequently confirmed at Caughnawaga, which guaranteed a right to fish within the territory of the Z.E.C.

In reply, the respondent Attorney General called only three witnesses: Ms. Jacqueline Beaulieu (a geographer), Mr. Gilbert Ryan (an employee of the Department of Indian Affairs and Northern Development) and Mr. Claude Morin (Director of the Z.E.C.). The respondent rejected the existence of both an aboriginal right and a concurrent treaty right. The respondent further took the position that aboriginal title does not exist within the former territories of New France, as French colonial law received through the *Quebec Act, 1774*, R.S.C., 1985, App. II, No. 2, recognized no aboriginal right arising from prior occupation.

At the outset of his analysis, Barrière Prov. Ct. J. engaged in a close examination of the legal effect of the Proclamation. After surveying the relevant history, and relying upon the decisions of the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal in *Adams v. La Reine*, [1993] R.J.Q. 1011

ment leur analyse des faits et du droit sur la question de savoir si les appelants avaient démontré l'existence d'un titre aborigène sur le territoire de la Z.E.C. En résumé, les juridictions inférieures n'ont pas analysé la possibilité que les appelants puissent bénéficier d'un droit de pêche ancestral autonome, indépendant du titre.

La Cour provinciale, [1988] R.J.Q. 1969

Au procès, les appelants ont fait déposer des témoins profanes ainsi que des témoins experts, notamment M. Raynald Parent (historien), M. Jean-Guy Deschênes (anthropologue), M. Jacques Frenette (anthropologue et ethnohistorien), et MM. Albert Brascoupé et William Commanda (anciens de la bande indienne de la rivière Désert). Dans leur argumentation, les appelants ont soutenu qu'ils avaient démontré, aux termes de la Proclamation et en vertu de la common law, l'existence d'un titre aborigène sur le territoire de la Z.E.C. Subsidiairement, ils ont fait valoir qu'ils avaient établi l'existence d'un traité valide, conclu en 1760 à Swegatchy et confirmé ultérieurement à Caughnawaga, traité qui garantissait un droit de pêche dans le territoire de la Z.E.C.

En réponse, le procureur général intimé n'a fait comparaître que trois témoins: M^{me} Jacqueline Beaulieu (géographe), M. Gilbert Ryan (employé du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) et M. Claude Morin (directeur de la Z.E.C.). L'intimé a nié l'existence d'un droit ancestral et d'un droit issu de traité. Il a en outre plaidé qu'il n'existe aucun titre aborigène visant les territoires qui formaient la Nouvelle-France, étant donné que le droit colonial français, reçu par l'intermédiaire de l'*Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), app. II, n° 2, ne reconnaissait l'existence d'aucun droit ancestral découlant de l'occupation antérieure des territoires.

Au début de son analyse, le juge Barrière a examiné de façon approfondie les conséquences juridiques de la Proclamation. Après avoir passé en revue les événements historiques pertinents et s'appuyant sur les décisions de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec dans

12

13

14

(C.A.), Barrière Prov. Ct. J. concluded that the Proclamation did not create or recognize any new aboriginal rights to land within the interior of the Colony of Quebec. However, it remained to be determined whether the appellants could establish a right to title outside the Proclamation.

15

Proceeding to the circumstances of this case, Barrière Prov. Ct. J. held that the appellants did not enjoy any right to hunt or fish within the Z.E.C. on the basis of an ancestral right connected to aboriginal title. On the basis of the historical evidence presented before him (particularly by the historian Parent, and the anthropologists Deschênes and Frenette), the trial judge arrived at a number of conclusions. He found that the Z.E.C. was indeed located within the ancestral lands of the Desert River Band of the Algonquin Indians. He also concluded that the legal requirements for the existence of aboriginal title over this specific territory were satisfied. However, based on his interpretation of the jurisprudence, Barrière Prov. Ct. J. held that the Proclamation was not the source of any new aboriginal rights to land within the interior of the Colony of Quebec; this territorial restriction also prevented the application, within Quebec, of the common law of aboriginal title. Since the Z.E.C. fell within the boundaries of the Colony, he concluded that the appellant did not enjoy any aboriginal title over the relevant lands. In the absence of title and given the manner in which the case had been argued before him, Barrière Prov. Ct. J. thus reasoned that the appellants did not enjoy any accessory aboriginal rights to fish and hunt.

16

Barrière Prov. Ct. J. also concluded that the appellants did not enjoy a treaty right to hunt and fish within the entire territory of the Z.E.C. He did find that an enforceable and valid treaty was concluded in 1760 at Swegatchy. He further found that this treaty included the right to possess the settled lands the Algonquins occupied at the time of discovery. But in light of the nomadic quality of the Algonquins, he was sceptical whether the Algon-

Adams c. La Reine, [1993] R.J.Q. 1011 (C.A.), le juge Barrière a conclu que la Proclamation n'avait ni créé ni reconnu de droits ancestraux nouveaux sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Il restait toutefois à déterminer si les appelants pouvaient établir un droit à un titre fondé sur une autre source que la Proclamation.

Après avoir analysé les circonstances de l'espèce, le juge Barrière a statué que les appelants ne pouvaient pas pêcher ni chasser dans les limites de la Z.E.C. sur le fondement d'un droit ancestral se rattachant à un titre aborigène. Se fondant sur la preuve historique qui lui avait été présentée (en particulier les témoignages de l'historien Parent et des anthropologues Deschênes et Frenette), le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions. Il a conclu que la Z.E.C. était effectivement située à l'intérieur des terres ancestrales des Algonquins de la bande indienne de la rivière Désert. Il a en outre conclu que les conditions juridiques requises pour établir l'existence d'un titre aborigène sur ce territoire spécifique étaient réunies. Toutefois, se fondant sur son interprétation de la jurisprudence, le juge Barrière a statué que la Proclamation n'était la source d'aucun droit ancestral nouveau sur les terres situées à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Cette limitation territoriale empêchait également l'application, à l'intérieur du Québec, des règles de la common law concernant le titre aborigène. Comme la Z.E.C. se trouve à l'intérieur de ce qui était les frontières de la colonie, il a conclu que les appelants ne jouissaient d'aucun titre aborigène sur les terres concernées. Compte tenu de l'absence de titre et de la manière dont l'affaire avait été plaidée devant lui, le juge Barrière a statué que les appelants ne possédaient pas de droit ancestral accessoire de pêche et de chasse.

Le juge Barrière a également statué que les appelants ne possédaient pas de droit issu de traité leur permettant de chasser et de pêcher dans l'ensemble du territoire de la Z.E.C. Il a néanmoins conclu qu'un traité valide et exécutoire avait été conclu à Swegatchy, en 1760. Il a en outre jugé que ce traité incluait le droit à la possession des terres sur lesquelles les Algonquins s'étaient établis et qu'ils occupaient au moment de la décou-

quins enjoyed a roaming right to hunt or fish over all their traditional hunting grounds. Rather, he was of the view that the Algonquins only enjoyed a right to hunt and fish in proximity to the lands they actually settled — lands which did not include the entire expanse of the Z.E.C.

However, unguided by this Court's future jurisprudence, Barrière Prov. Ct. J. concluded that "our laws" recognize a general aboriginal right to hunt and fish. It was during this discussion that the trial judge made his important findings of fact. More specifically, he found that the Algonquins represented an organized society which exercised exclusive occupation over this specific territory in the past. However, it is important to stress that his finding was dated at the time of the British Conquest rather than at the time of first contact. As he stated at p. 156 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] Based on the foregoing, although the Algonquins were not the "owners" of the place where the offences were committed, the evidence showed that they had the right to hunt and fish for their subsistence. This was an organized society that occupied the said territory. The testimony of the historian Dr. Parent, the anthropologists Mr. Deschênes and Mr. Frenette and the two elders William Commando [*sic*] and Albert Brascoupé is also sufficient for the Court to conclude that this occupation was exclusive to the Algonquins at the time Great Britain took possession. There was no evidence that the whites or anyone else occupied the said territory. [Emphasis added.]

Accordingly, he concluded that the appellants enjoyed an aboriginal right to hunt and fish for subsistence within the Z.E.C. which was entitled to constitutional protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Lastly, the trial judge found that the regulations did not unreasonably infringe the rights of the appellants, and he accordingly entered convictions. Barrière Prov. Ct. J. did not neatly divide the questions of infringement and justification. However,

verte. Toutefois, comme les Algonquins étaient des nomades, le juge Barrière doutait que ceux-ci avaient le droit d'aller chasser ou pêcher dans tout ce qui était leurs territoires de chasse traditionnels. Il était plutôt d'avis que les Algonquins avaient uniquement le droit de chasser et de pêcher à proximité des terres où ils s'étaient réellement établis — terres qui ne comprenaient pas l'ensemble du territoire de la Z.E.C.

Toutefois, ne disposant pas des indications données par notre Cour dans ses arrêts ultérieurs, le juge Barrière a conclu que «nos lois» reconnaissent l'existence d'un droit ancestral général de chasse et de pêche. C'est au cours de cet examen que le juge du procès a tiré ses conclusions de fait importantes. Plus précisément, il a conclu que les Algonquins formaient une société organisée, qui avait occupé de façon exclusive dans le passé le territoire en cause. Il est toutefois important de souligner que sa conclusion concernait l'époque de la conquête par les Britanniques plutôt que celle du premier contact. Il a dit ce qui suit, à la p. 1978:

Basé sur ce qui précède, les Algonquins, même s'ils n'avaient pas de titre de «propriétaires» sur l'endroit où les infractions ont été commises, la preuve a révélé qu'ils avaient le droit de chasser et pêcher pour leur subsistance. En effet, il s'agissait d'une société organisée qui occupait ledit territoire. Les témoignages de l'historien Parent, des anthropologues Deschênes et Frenette, ainsi que des deux aînés William Commando (*sic*) et Albert Brascoupé sont également suffisants pour que la Cour conclue que cette occupation était exclusive aux Algonquins lors de la prise de possession par la Grande-Bretagne. Il n'y a pas eu de preuve à l'effet que les blancs ou que d'autres Indiens en tant que société organisée auraient occupé ledit territoire. [Je souligne.]

Par conséquent, il a conclu que les appelants possédaient un droit ancestral leur permettant de chasser et de pêcher dans le territoire de la Z.E.C. pour assurer leur subsistance et ayant droit à la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Enfin, le juge du procès a conclu que les règlements ne portaient pas atteinte de manière déraisonnable aux droits des appelants, et il a en conséquence déclaré ceux-ci coupables des infractions reprochées. Le juge Barrière n'a pas fait de distinc-

he appeared to conclude that there was no infringement in this instance, as he reasoned that the appellants were not exercising their right to fish for subsistence but rather had engaged in fishing for the purpose of teaching.

Superior Court, [1989] R.J.Q. 1893, [1991] 1 C.N.L.R. 107

¹⁹ On appeal, Frenette J. affirmed the convictions. Frenette J. arrived at the same result as the trial judge, but he did so by means of a different route, premised in large part on his interpretation of the evidence. Frenette J. thoroughly reviewed the expert testimony presented in the court below. On the basis of this evidence, in contrast to Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. found that: (1) the Algonquins never exercised sufficient historical occupation of the Z.E.C. lands to engender aboriginal title, and (2) the Algonquins did not enter into a valid treaty with English authorities at Swegatchy in 1760.

²⁰ To begin, similar to the trial judge, Frenette J. held that the appellants did not enjoy any right to fish within the Z.E.C. on the basis of any ancestral right connected to aboriginal title. He explicitly assumed at p. 122 (C.N.L.R.) that any ancestral right would have to be tied to a right over the land: [TRANSLATION] "ancestral rights or Indian title (these expressions are often used as synonyms) . . ." (emphasis added). But unlike Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. found that owing to their thin numbers and nomadic character, the Algonquins never enjoyed real and exclusive possession over the Z.E.C. territory at the time of contact. His interpretation of the evidence on the issue of occupation was as follows, at p. 125 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] If account is taken of all these factors and of the fact that the evidence shows that, given the number of Indians frequenting the territory in question, it was sparsely inhabited, while most of the Algonquins lived at the Sulpician mission at Lac des Deux-Montagnes (as noted by these anthropologists and by

tion nette entre la question de l'atteinte et celle de la justification. Toutefois, il semble avoir conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte en l'espèce, car il a estimé que les appelants n'exerçaient pas leur droit de pêcher à des fins de subsistance au moment des infractions reprochées, mais qu'ils pêchaient plutôt à des fins d'enseignement.

La Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1893

En appel, le juge Frenette a confirmé les déclarations de culpabilité. Il est arrivé au même résultat que le juge du procès, mais par un raisonnement différent, reposant en grande partie sur son interprétation de la preuve. Le juge Frenette a examiné minutieusement les témoignages d'experts présentés en première instance. Se fondant sur cette preuve, le juge Frenette a, à l'opposé du juge Barrière, tiré les conclusions suivantes: (1) les Algonquins n'ont jamais, historiquement, exercé une occupation suffisante des terres de la Z.E.C. pour donner naissance à un titre aborigène; et (2) les Algonquins n'ont pas conclu de traité valide avec les autorités anglaises à Swegatchy, en 1760.

Pour commencer, le juge Frenette a conclu, à l'instar du juge du procès, que les appelants ne possédaient pas de droit de pêche dans la Z.E.C. fondé sur un droit ancestral se rattachant à un titre aborigène. Il a expressément supposé que tout droit ancestral devait se rattacher à un droit sur les terres: «les droits ancestraux ou le titre indien (ces expressions sont souvent utilisées comme synonymes) . . .» (à la p. 1902) (je souligne). Toutefois, contrairement au juge Barrière, le juge Frenette a conclu que, vu leur faible nombre et leur mode de vie nomade, les Algonquins n'avaient jamais eu la possession réelle et exclusive du territoire de la Z.E.C. au moment du contact avec les Européens. Voici l'interprétation qu'il a donnée de la preuve concernant la question de l'occupation, à la p. 1905:

Si on considère tous ces éléments et le fait que la preuve révèle que le nombre d'Indiens fréquentant le territoire en litige, ce dernier était peu habité, alors que la majeure partie des Algonquins résidaient à la mission sulpicienne du lac des Deux-Montagnes (tel qu'indiqué par ces anthropologues et ainsi que par William

William Johnson), it must be concluded that the thesis put forward by the appellants is, at the very least, highly questionable and that it has instead been proved on a balance of probabilities that the Algonquins did not have real and exclusive possession of the territory in question. [Emphasis added.]

Like Barrière Prov. Ct. J., Frenette J. concluded that the Proclamation did not create any new aboriginal right to lands within the interior of the Colony of Quebec. Accordingly, in the absence of any aboriginal title over the disputed land in 1763, he concluded that the appellants did not enjoy an incidental aboriginal right to fish within the Z.E.C.

Frenette J. then held that the appellant did not enjoy any treaty right to fish within the Z.E.C. On the basis of the slim indirect historical evidence presented before the trial judge, Frenette J. concluded that no treaty was solemnized between the Algonquins and the British Crown in 1760 at Swegatchy and Caughnawaga. As such, he found no treaty right deserving of protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* or under s. 88 of the *Indian Act*.

Even if the appellants enjoyed an aboriginal or treaty right to fish for subsistence, Frenette J. was of the view that the regulations were justifiable restrictions of this right. He stressed that the requirement of a permit or an access fee did not represent a negation of such an aboriginal right. Furthermore, similar to Barrière Prov. Ct. J., he concluded that there was no evidence that the appellants were exercising a right to subsistence in this instance.

Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1350, [1994] 3 C.N.L.R. 98

Baudouin J.A. (with Tyndale J.A. concurring) upheld the convictions. At the outset of his judgment, Baudouin J.A. considered the appellant's argument under the Proclamation. Like the courts below, Baudouin J.A. concluded that the prerogative instrument did not grant or create any new and

Johnson), il faut conclure que la thèse proposée par les appelants est pour le moins très discutable et que la preuve prépondérante a plutôt établi que les Algonquins n'avaient pas eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. [Je souligne.]

Tout comme le juge Barrière, le juge Frenette a conclu que la Proclamation n'avait créé aucun droit ancestral nouveau sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Par conséquent, comme il n'existait pas de titre aborigène sur le territoire concerné en 1763, il a conclu que les appelants ne jouissaient d'aucun droit ancestral accessoire les autorisant à pêcher dans la Z.E.C.

Le juge Frenette a ensuite statué que les appelants ne possédaient pas de droit issu de traité leur permettant de pêcher dans la Z.E.C. Sur la foi de la mince preuve historique indirecte présentée au juge du procès, le juge Frenette a conclu qu'aucun traité n'avait été conclu entre les Algonquins et la Couronne britannique à Swegatchy et à Caughnawaga, en 1760. En conséquence, il a considéré qu'il n'existait aucun droit issu de traité protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Frenette a dit être d'avis que, même si les appelants possédaient un droit ancestral ou issu de traité les autorisant à pêcher à des fins de subsistance, les mesures réglementaires constituaient des restrictions justifiées de ce droit. Il a souligné que l'obligation de se procurer un permis ou de payer des droits d'entrée ne portait pas atteinte à un tel droit ancestral. De plus, il a conclu, à l'instar du juge Barrière, que rien dans la preuve n'indiquait que les appelants avaient exercé en l'espèce un droit d'assurer leur subsistance.

La Cour d'appel, [1993] R.J.Q. 1350

Le juge Baudouin (avec l'appui du juge Tyndale) a maintenu les déclarations de culpabilité. Au début de son jugement, le juge Baudouin a examiné l'argument des appelants fondé sur la Proclamation. Comme les juges des juridictions inférieures, le juge Baudouin a conclu que ce

21

22

23

24

independent aboriginal right to lands within the interior of the Colony of Quebec. Rather, he held, the effect of the Proclamation was limited to the protection of lands lying to the exterior of the Colony, and lands falling within the Colony which had been specifically ceded by the British Crown. As he stated at p. 108 (C.N.L.R.), the Proclamation merely [TRANSLATION] "acknowledged, recognized, and stabilized the situation that had existed in the past".

25

Baudouin J.A. then turned to examine whether, independent of the Proclamation, the appellants had demonstrated the existence of aboriginal title over the disputed lands at common law according to the requirements of *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. In his study of the nature of French colonisation, Baudouin J.A. was sceptical as to whether aboriginal title existed at the commencement of British sovereignty over New France. More specifically, it was his view that, unlike the British regime of colonisation whereby the Crown assumed ownership subject to aboriginal title, the French Crown was automatically vested with full and complete ownership of discovered territories. And following conquest, the French colonial regime of property was explicitly given legal continuity with the adoption of *The Quebec Act, 1774*. As Baudouin J.A. explained at pp. 109-10 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION]

In other words, considering the specific nature of the conquest and of French settlement prior to New France's being ceded to the British, it does not seem to me to have been established that a general Indian title to the hunting and fishing grounds, as recognized in common law and for another Canadian province by *Calder v. A.G. B.C.*, may have survived legally under a public law system in which all titles and rights were held by the French Crown from the time of the taking of possession, if only symbolic, of the territory.

document fondé sur la prérogative de la Couronne n'avait ni accordé ni créé un droit ancestral nouveau et indépendant visant les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie appelée Québec. Il a plutôt statué que la Proclamation n'avait pour effet que de protéger les terres situées à l'extérieur de la colonie et celles se trouvant à l'intérieur de la colonie et qui avaient déjà été spécifiquement cédées par la Couronne britannique. Il a dit, à la p. 1363, que la Proclamation n'a fait que «constater, reconnaître et stabiliser la situation existant antérieurement».

Le juge Baudouin s'est ensuite demandé si, indépendamment de la Proclamation, les appelants avaient démontré l'existence, en vertu de la common law, d'un titre aborigène sur les terres en litige, conformément aux exigences de l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Dans son analyse de la colonisation française, le juge Baudouin a exprimé son scepticisme quant à l'existence d'un titre aborigène au début de la souveraineté britannique en Nouvelle-France. Plus particulièrement, il a dit être d'avis que, contrairement au régime de colonisation britannique en vertu duquel la Couronne prenait possession des terres sous réserve du titre aborigène, la Couronne française était automatiquement investie de la propriété pleine et entière des territoires découverts. Après la conquête, l'adoption de *l'Acte de Québec de 1774* a expressément prévu la continuité juridique du régime foncier français. Le juge Baudouin a donné les explications suivantes à cet égard, à la p. 1364:

En d'autres termes, il ne me paraît pas acquis, en raison du caractère spécifique de la conquête et de la colonisation française, antérieures à la cession de la Nouvelle-France aux Britanniques, qu'un titre indien général sur les territoires de chasse et de pêche, reconnu en common law et pour une autre province canadienne par *Calder c. P.G. de la Colombie-Britannique* ait pu juridiquement survivre dans un régime de droit public où tous les titres et droits étaient détenus par la Couronne française dès la prise de possession du territoire, celle-ci ne fût-elle que symbolique...

Furthermore, passage of the *Quebec Act*, in 1774, established juridical continuity of the ownership and civil law systems between the French colonizer and his British counterpart: it did not break with the former system.

Thus, Baudouin J.A. expressed grave doubts as to whether aboriginal title survived the intervention of French sovereignty. However, in light of his finding of a treaty right to fish within the Z.E.C., he concluded that it was not necessary to resolve this difficult question of law.

On the basis of the evidence presented in the courts below, Baudouin J.A. accepted that the Algonquins did enter into a valid treaty with the British Crown in 1760 which recognized a right to possession and enjoyment of their traditional lands including the territory of the Z.E.C. He concluded that this treaty right included the right of access to these territories to fish for sustenance.

Invoking the test set out in *Sparrow*, Baudouin J.A. found that both the access fee and the licensing requirement represented infringements of the treaty right of the appellants under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. He had no difficulty in concluding that the aboriginal right to fish for subsistence included a right to teach traditional fishing techniques to a younger generation.

However, Baudouin J.A. found that the infringements were justified in the circumstances of this case. The *Regulation respecting controlled zones* advanced a legitimate governmental objective, and the infringement was modest. Further, the regulation did not restrict access *per se*, as the regulation merely imposed a user fee for access by motor vehicles which reflected the cost of upkeep of interior roads. Baudouin J.A. also found that the licensing regulation promoted a legitimate governmental objective in resource management, and the infringement was again modest. Further, he noted that the *Quebec Fishery Regulations* permit an

L'adoption de l'*Acte de Québec de 1774* a, en outre, établi une continuité juridique des régimes de propriété et de droit civil entre le colonisateur français et britannique et n'a donc pas rompu avec le régime antérieur.

Le juge Baudouin a donc exprimé des doutes sérieux quant à la survie du titre aborigène par suite de la souveraineté française. Toutefois, ayant conclu à l'existence d'un droit issu de traité autorisant la pêche dans la Z.E.C., il a statué qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette épineuse question de droit.

S'appuyant sur la preuve présentée devant les²⁶ juridictions inférieures, le juge Baudouin a reconnu que, en 1760, les Algonquins avaient effectivement conclu avec la Couronne britannique un traité valide, leur reconnaissant le droit à la possession et à la jouissance de leurs terres traditionnelles, y compris le territoire de la Z.E.C. Il a conclu que ce droit issu de traité comprenait le droit d'accéder à ces territoires pour y pêcher à des fins de subsistance.

Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*,²⁷ le juge Baudouin a conclu que l'obligation de payer des droits d'entrée et celle d'obtenir un permis constituaient des atteintes au droit issu de traité garanti aux appelants par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'a eu aucune difficulté à conclure que le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance emportait le droit d'enseigner les méthodes traditionnelles de pêche aux plus jeunes.

Cependant, le juge Baudouin a conclu que ces²⁸ atteintes étaient justifiées dans les circonstances de l'espèce. Le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* visait un objectif légitime du gouvernement et l'atteinte était mineure. De plus, ce règlement ne restreignait pas l'accès comme tel, puisqu'il imposait simplement aux visiteurs désirant entrer en véhicule automobile des droits d'utilisation reflétant les coûts d'entretien des routes à l'intérieur de la Z.E.C. Le juge Baudouin a aussi conclu que le texte réglementaire concernant le permis de pêche visait un objectif légitime du gouvernement, soit la gestion des ressources, et que là aussi

aboriginal person to apply to the Minister for a special licence which provides an exemption from the more stringent requirements of the Regulations. Considering all these factors, Baudouin J.A. did not find that the treaty right restrictions were unduly harsh under the circumstances.

29

Delisle J.A., dissenting in part, was in general agreement with the reasons of Baudouin J.A. However, he parted company with his colleague on the question of whether the fishing regulation could be justified under the *Sparrow* test. He agreed that the licensing requirement *prima facie* infringed the treaty rights of the appellants protected under s. 35(1). However, Delisle J.A. found that such a restriction could not be justified under the circumstances. In his view, the blanket licensing requirement failed to accommodate the constitutional rights of the appellants adequately. While the Regulations did provide for a special licence for aboriginal persons, Delisle J.A. concluded that it was not sufficient to subject the availability of such licences to the full and unguided discretion of the Minister.

IV. Grounds of Appeal

30

The appellants sought leave to appeal their convictions, and the respondent Attorney General sought leave to cross-appeal the Court of Appeal's holding that the appellants enjoyed a treaty right to fish. This Court granted leave to appeal and cross-appeal on March 3, 1994: [1994] 1 S.C.R. vi. The following constitutional questions were originally stated on October 17, 1994:

1. Is s. 5 of the *Regulation respecting controlled zones*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellants, in the circumstances of the present case, on their ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 88 of the *Indian Act* and/or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, or by reason of the

l'atteinte était mineure. Qui plus est, il a souligné que le *Règlement de pêche du Québec* permet aux autochtones de demander au ministre un permis spécial les exemptant des exigences plus rigoureuses du Règlement. Compte tenu de tous ces facteurs, le juge Baudouin n'a pas conclu que les restrictions imposées au droit issu de traité étaient indûment rigoureuses dans les circonstances.

Le juge Delisle, dissident en partie, a souscrit dans l'ensemble aux motifs du juge Baudouin. Il s'est toutefois dissocié de son collègue sur la question de savoir si le règlement de pêche pouvait être justifié eu égard au critère établi dans *Sparrow*. Il a convenu que l'obligation d'obtenir un permis portait atteinte à première vue aux droits issus de traité des appelants, qui sont protégés par le par. 35(1). Le juge Delisle a toutefois conclu qu'une telle restriction ne pouvait pas être justifiée dans les circonstances. À son avis, l'obligation, qui est applicable à tous, d'obtenir un permis ne tenait pas compte adéquatement des droits constitutionnels des appelants. Même si le Règlement permettait effectivement aux autochtones de se procurer un permis spécial, le juge Delisle a statué qu'il était inacceptable d'assujettir l'obtention de tels permis à l'entière discrétion non balisée du ministre.

IV. Moyens d'appel

Les appelants ont sollicité l'autorisation de se pourvoir contre leur déclaration de culpabilité, et le procureur général intimé a demandé l'autorisation de présenter un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel selon laquelle les appelants bénéficiaient d'un droit de pêche issu de traité. Notre Cour a autorisé le pourvoi et le pourvoi incident le 3 mars 1994: [1994] 1 R.C.S. vi. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 17 octobre 1994:

1. L'article 5 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard des appelants, dans les circonstances de l'espèce, sur leur territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et/ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits issus d'un traité, qui aurait été conclu à Swegatchy, en

aboriginal rights of the aboriginal peoples invoked by the appellants?

2. Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellant Franck Côté in the circumstances of the present case, on his ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples or the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

It should be noted that the first stated constitutional question, drawing on the sworn information, replicates the erroneous reference in the charge to s. 5 as opposed to s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*.

V. Analysis

The core issue raised by this appeal concerns whether the appellants enjoyed an unextinguished aboriginal right or treaty right to fish within the Z.E.C. deserving of constitutional protection under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and whether the federal and provincial regulations in this instance infringe these rights and can be justified under the framework set out in *Sparrow, supra*. For reasons which I will elaborate, I find that the appellants have indeed established the existence of an aboriginal right to fish for food within the Bras-Coupé-Desert Z.E.C. in accordance with the principles recently articulated by this Court in the *Van der Peet* trilogy. I also find that the appellants were exercising this right in accessing the Z.E.C. for the purpose of teaching younger band members traditional Algonquin fishing practices. I further conclude that the licensing requirement of the *Quebec Fishery Regulation* represents an unjustified infringement of this ancestral right, but that the access fee requirement of *Regulation respecting controlled zones* does not represent an infringement of this right.

août 1760, ou en raison des droits ancestraux des peuples autochtones que les appelants ont invoqués?

2. Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard de l'appellant Franck Côté, dans les circonstances de l'espèce, sur son territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones ou des droits issus d'un traité qui aurait été conclu à Swegatchy, en août 1760, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appellant a invoqués?

Il convient de signaler que la première question constitutionnelle, qui a été formulée à l'aide de la dénonciation faite par écrit, reproduit le renvoi erroné dans l'accusation à l'art. 5 plutôt qu'à l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*.

V. Analyse

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les appelants possédaient un droit non éteint — ancestral ou issu de traité — leur permettant de pêcher dans la Z.E.C., droit devant bénéficier de la protection constitutionnelle du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et si les textes réglementaires fédéraux et provinciaux en cause portent atteinte à ces droits, mais peuvent être justifiés suivant le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*, précité. Pour des motifs que je vais expliciter, je conclus que les appelants ont effectivement établi, conformément aux principes récemment formulés dans la trilogie *Van der Peet*, l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. Je conclus en outre que les appelants exerçaient ce droit lorsqu'ils ont pénétré dans la Z.E.C. pour enseigner à des jeunes de la bande des méthodes de pêche traditionnelles des Algonquins. Je statue en outre que l'obligation d'obtenir un permis qui est prévue par le *Règlement de pêche du Québec* constitue une atteinte injustifiée à ce droit ancestral, mais que les droits d'entrée exigés par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne constituent pas une telle atteinte.

32

However, these conclusions do not dispose of the entirety of this appeal. More specifically, in light of my holding that the appellants cannot successfully challenge their convictions under the provincial *Regulation respecting controlled zones* through the claim of an aboriginal right, it must still be considered whether the appellants could succeed in vacating these convictions through the claim of a treaty right to fish.

33

As a general rule, where a claimant challenges the application of a federal regulation under s. 35(1), the characterization of the right alternatively as an aboriginal right or as a treaty right will not be of any consequence once the existence of the right is established, as the *Sparrow* test for infringement and justification applies with the same force and the same considerations to both species of constitutional rights: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at paras. 37, 77, 78 and 79. However, in this instance, the appellants challenge a provincial regulation which allegedly restricts their aboriginal or treaty right to fish within the Z.E.C. by imposing a financial burden on their access to the land in question. As such, even if the *Regulation respecting controlled zones* is not found to infringe their constitutional rights unjustifiably under the *Sparrow* test for s. 35(1), if the right to fish is characterized as a treaty right, it may still be open to the appellants to challenge the provincial regulation under the federal statutory protection extended to aboriginal treaties under s. 88 of the *Indian Act*.

34

Accordingly, I will proceed as follows. I will begin by considering whether the appellants can succeed in challenging their convictions through the establishment of an aboriginal right to fish for food within the waters and rivers of the Z.E.C. Following my resolution of that issue, I will turn to examine whether the appellant may alternatively succeed through the establishment of a concurrent

Ces conclusions ne règlent toutefois pas entièrement le présent pourvoi. Plus précisément, comme j'ai statué que les appelants ne peuvent pas contester avec succès les déclarations de culpabilité prononcées contre eux en vertu du règlement provincial intitulé *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* en revendiquant l'existence d'un droit ancestral, il reste à se demander s'ils pouvaient obtenir l'annulation de ces déclarations de culpabilité en revendiquant l'existence d'un droit de pêche issu de traité.

En règle générale, lorsqu'un demandeur conteste l'application d'un texte réglementaire fédéral en invoquant le par. 35(1), le fait que ce droit soit qualifié de droit ancestral ou de droit issu de traité n'a aucune conséquence une fois que l'existence de ce droit est établie, car le critère formulé dans *Sparrow* relativement à l'atteinte et à la justification s'applique avec la même vigueur et suivant les mêmes considérations à ces deux sortes de droits constitutionnels: *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, aux par. 37, 77, 78 et 79. Toutefois, en l'espèce, les appelants contestent un texte réglementaire provincial qui, prétend-on, restreint leur droit ancestral ou issu de traité de pêcher dans la Z.E.C. du fait qu'il leur impose un fardeau financier en vue de l'accès au territoire en cause. En conséquence, même s'il est jugé, en vertu du critère formulé dans *Sparrow* à l'égard du par. 35(1), que le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte de façon injustifiable aux droits constitutionnels des appelants, si le droit de pêche est considéré comme un droit issu de traité, les appelants pourront toujours contester le règlement provincial en invoquant la protection législative fédérale qui s'applique, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, aux traités conclus par les autochtones.

Par conséquent, voici comment je vais examiner la question. Je vais tout d'abord me demander si les appelants peuvent contester avec succès leur déclaration de culpabilité en démontrant l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans les eaux de la Z.E.C. Après avoir tranché cette question, je déterminerai si les appelants peuvent subsidiairement avoir gain de cause

treaty right to fish, particularly in light of the statutory protection of s. 88 of the *Indian Act*.

A. *Aboriginal Right*

Aboriginal Rights and Aboriginal Title

Throughout the proceedings below, the appellants framed their ancestral right to fish on the Z.E.C. territory as an aboriginal right incidental to a claim of aboriginal title. The first step in their argument was therefore to contend that they enjoyed aboriginal title over the Z.E.C. through a right of historical occupation at common law as recognized in *Calder, supra*, and *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. As the appellants identified the foundation of their ancestral right in their factum:

[TRANSLATION] The Appellants submit that their right to have access to and fish in the Z.E.C., although recognized by the Treaty of Swegatchy, also exists independently of that treaty or of any instrument or grant by the Crown, the whole as recognized in *Calder* and reaffirmed in *Guerin* and *Simon*, and that their historical occupation of this territory, as the first occupiers, entitles them to exercise the rights arising from their Indian title... [Emphasis added.]

In response to this approach, the courts below uniformly considered the claim of the appellants in terms of whether they had established the existence of title. The Provincial Court, the Superior Court and the Court of Appeal all declined to infer the existence of title for divergent reasons. Barrière Prov. Ct. J. found that the Algonquins had established sufficient continuous historical occupation over the disputed lands, but he considered that the common law of aboriginal title had no application within the Colony of Quebec, given his interpretation of the Proclamation. Frenette J., by contrast, failed to find sufficient occupation in light of the nomadic character of the Algonquins, and he further concluded that the Proclamation did not recognize any new title in lands within the interior of the former Colony. Baudouin J.A., for the Court of

en établissant l'existence d'un droit de pêche issu de traités correspondant, en particulier à la lumière de la protection de nature législative prévue à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

A. *Droit ancestral*

Les droits ancestraux et le titre aborigène

Devant les juridictions inférieures, les appelants ont fait valoir que leur droit ancestral de pêcher dans le territoire de la Z.E.C. était un droit ancestral accessoire à la revendication d'un titre aborigène. La première étape de leur argumentation a donc consisté à prétendre qu'ils possédaient, à l'égard de la Z.E.C., un titre aborigène découlant d'un droit d'occupation historique fondé sur la common law, conformément à ce qui a été reconnu dans les arrêts *Calder*, précité, et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Les appelants ont décrit ainsi, dans leur mémoire, le fondement de leur droit ancestral:

Les Appellants soumettent que leurs droits d'accès et de pêche dans la Z.E.C, bien que reconnus par le Traité de Swegatchy, existent aussi indépendamment de ce traité ou de tout acte ou octroi de la Couronne, le tout tel que reconnu dans l'arrêt *Calder* et réaffirmé dans les arrêts *Guerin* et *Simon*, et que leur occupation historique de ce territoire, en tant que premier occupant, leur fait bénéficier de l'exercice des droits découlant de leur titre indien... [Je souligne.]

En réponse à cette argumentation, les juridictions inférieures se sont toutes demandé si les appelants avaient établi l'existence d'un titre. La Cour provinciale, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont refusé, pour des motifs différents, d'inférer l'existence d'un titre. Le juge Barrière a conclu que les Algonquins avaient prouvé une occupation historique suffisante des terres en cause, mais, vu son interprétation de la Proclamation, il a considéré que les règles de la common law concernant le titre aborigène ne s'appliquaient pas dans la colonie appelée Québec. À l'opposé, compte tenu du nomadisme des Algonquins, le juge Frenette n'a pas estimé que l'occupation avait été suffisante, et il a en outre conclu que la Proclamation n'avait reconnu aucun titre nouveau sur les terres se trouvant à l'intérieur des limites territoriales de

Appeal, declined to resolve the issue, but he strongly hinted that aboriginal title did not survive within New France following the transition to British sovereignty.

37

In short, the parties and the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title over the territory in which the fishing took place. These actors, of course, did not have the benefit of this Court's recent holdings in *Van der Peet*, *Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.* which articulated the organizing principles governing claims under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Thus, this Court must now answer the fundamental question of whether this operating assumption was correct under the principles of the *Van der Peet* trilogy. In other words, this Court must answer whether aboriginal rights are necessarily based in aboriginal title to land, or whether claims to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights.

38

For the reasons I have given in the related appeal in *Adams, supra*, I find that aboriginal rights may indeed exist independently of aboriginal title. As I explained in *Adams*, at para. 26, aboriginal title is simply one manifestation of the doctrine 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

l'ancienne colonie. Le juge Baudouin de la Cour d'appel a refusé de trancher cette question, mais il a fortement laissé entendre que le titre aborigène n'avait pas survécu en Nouvelle-France après la transition à la souveraineté britannique.

En résumé, tant les parties que les juridictions inférieures ont posé comme hypothèse que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication du titre aborigène sur le territoire où la pêche a été pratiquée. Les intéressés ne disposaient évidemment pas des arrêts récents de notre Cour dans *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, dans lesquels les principes qui régissent les revendications fondées sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été formulés. Notre Cour doit donc maintenant répondre à la question fondamentale de savoir si cette hypothèse de base était correcte compte tenu des principes dégagés dans la trilogie *Van der Peet*. En d'autres termes, notre Cour doit déterminer si les droits ancestraux se rattachent nécessairement 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.

Pour les motifs que j'ai exposés dans le pourvoi connexe *Adams*, précité, je conclus que des droits ancestraux peuvent effectivement exister indépendamment d'un titre aborigène. Comme je l'ai expliqué dans *Adams*, au par. 26, le titre indien n'est qu'une manifestation de la doctrine 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 démontre 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 *Van der Peet* protège les activités qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en

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.

We wish to reiterate the fact that there is no *a priori* reason why the defining practices, customs and traditions of such societies and communities should be limited to those practices, customs and traditions which represent incidents of a continuous and historical occupation of a specific tract of land.

However, as I stressed in *Adams*, at para. 30, a protected aboriginal right falling short of aboriginal title may nonetheless have an important link to the land. An aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact. As such, an aboriginal right will often be defined in site-specific terms, with the result that it can only be exercised upon a specific tract of land.

Aboriginal Title and the Royal Proclamation, 1763

As noted previously, the appellants argued that they possessed aboriginal title over the disputed territories derived from historical occupation at common law. Additionally, they argued that they independently enjoyed a right to title over the territories of the Z.E.C. under the terms of the Proclamation. The respondent Attorney General, by contrast, submits that not only did the Proclamation not create an independent aboriginal interest in lands within the interior of the Colony, but it effectively precluded the recognition of any aboriginal interest or right upon such lands at common law in the absence of a specific concession.

For the purposes of this appeal, it is unnecessary to wade deeper into the murky historical waters

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.

Nous désirons réitérer le fait qu'il n'y a aucune raison justifiant de considérer, a priori, que les coutumes, pratiques et traditions déterminantes de ces sociétés et collectivités devraient se limiter aux coutumes, pratiques et traditions qui sont des accessoires d'une occupation continue et historique d'un territoire spécifique.

Toutefois, comme je l'ai souligné dans *Adams*, au par. 30, il est néanmoins possible qu'un droit ancestral protégé, même s'il ne s'agit pas d'un titre aborigène, ait un lien important avec le territoire où il est exercé. Une coutume, pratique ou tradition autochtone valant d'être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact avec les Européens. En conséquence, un droit ancestral sera souvent défini en fonction d'un site spécifique, avec pour conséquence qu'il ne peut être exercé qu'à cet endroit.

Le titre aborigène et la Proclamation royale de 1763

Comme je l'ai indiqué précédemment, les appellants ont soutenu qu'ils possédaient, à l'égard des territoires en litige, un titre aborigène découlant de leur occupation historique de ces territoires au sens de la common law. Ils ont de plus prétendu qu'ils jouissaient indépendamment du droit au titre sur le territoire de la Z.E.C. aux termes de la Proclamation. À l'opposé, le procureur général intimé soutient que, non seulement la Proclamation n'a pas créé un intérêt ancestral indépendant sur les terres se trouvant à l'intérieur de la colonie, mais elle a dans les faits empêché la reconnaissance, en vertu de la common law, de tout droit ou intérêt ancestral sur de telles terres en l'absence d'une concession expresse.

Il est inutile, pour les fins du présent pourvoi, de s'attarder davantage sur les détails historiques

surrounding the legal effect of the Proclamation because the case can be disposed of on other grounds. In light of the principles articulated in *Adams*, it is clear that the appellants were not obliged to prove aboriginal title over the Z.E.C., whether at common law or under the Proclamation, as a precondition to demonstrating the existence of an ancestral right to fish. Rather, the appellants may succeed in their claim of an aboriginal right under s. 35(1) if they are able to establish that fishing within the territory of the Z.E.C. was "an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture" of the Algonquin people. For the reasons which I will elaborate below, I am satisfied that the appellants have indeed met the requirements of the *Van der Peet* test in this instance.

Aboriginal Rights within New France

42

In the proceedings below, the respondent adopted the position that the Algonquins could not assert the existence of aboriginal title within the former boundaries of New France in light of the process of French colonization and the legal transition to British sovereignty following capitulation. In short, given the intervention of French sovereignty following first contact with aboriginal peoples within New France, it is argued that the common law does not recognize the existence of an aboriginal *sui generis* interest in land within France's former colonial possessions in Canada. The Attorney General of Quebec took the position that the intervention of French sovereignty necessarily prohibits the recognition of aboriginal title and other ancestral rights under s. 35(1) within the prior geographic expanse of New France. As the respondent argued in categorical terms:

[TRANSLATION] The effects of French sovereignty and of the legal system specific thereto are therefore clear: no aboriginal right could have survived the assertion of French sovereignty over the territory of New France. [Emphasis added.]

nébuleux des effets juridiques de la Proclamation, car l'affaire peut être décidée sur d'autres fondements. À la lumière des principes formulés dans l'arrêt *Adams*, il est clair que les appelants n'étaient pas tenus de prouver, comme préalable à l'existence d'un droit de pêche ancestral, l'existence d'un titre aborigène sur la Z.E.C., que ce soit en vertu de la common law ou de la Proclamation. Au contraire, les appelants peuvent réussir à prouver leur revendication d'un droit ancestral visé au par. 35(1) s'ils parviennent à établir que la pêche dans le territoire de la Z.E.C. était «un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» du peuple algonquin. Pour les motifs que je vais exposer plus loin, je suis convaincu que les appelants ont satisfait, en l'espèce, aux exigences du critère établi dans *Van der Peet*.

Les droits ancestraux en Nouvelle-France

Devant les juridictions inférieures, l'intimé a fait valoir que, en raison du régime français de colonisation et de la transition juridique à la souveraineté britannique après la capitulation, les Algonquins ne pouvaient pas revendiquer l'existence d'un titre aborigène sur les terres situées à l'intérieur des anciennes frontières de la Nouvelle-France. Brevement, étant donné qu'il y a eu souveraineté de la France à la suite du premier contact entre les Européens et les peuples autochtones vivant en Nouvelle-France, on prétend que la common law ne reconnaît pas l'existence d'un titre aborigène ancestral *sui generis* sur les terres situées dans les anciennes possessions coloniales de la France au Canada. Le procureur général du Québec a fait valoir que la souveraineté qu'a exercée la France empêche nécessairement la reconnaissance d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux visés au par. 35(1) à l'intérieur du territoire qui constituait la Nouvelle-France. L'intimé a présenté cet argument dans les termes catégoriques suivants:

Les effets de la souveraineté française et du régime juridique qui lui était propre sont donc clairs: aucun droit de nature ancestrale n'a pu subsister à l'assertion de la souveraineté française sur le territoire de la Nouvelle-France. [Je souligne.]

The argument of the respondent is fairly straightforward. Under the British law of discovery, the British Crown assumed ownership of newly discovered territories subject to an underlying interest of indigenous peoples in the occupation and use of such territories. Accordingly, the Crown was only able to acquire full ownership of the lands in the New World through the slow process of negotiations with aboriginal groups leading to purchase or surrender.

Unlike the British process of colonization, however, it is suggested that the French Crown did not legally recognize any subsisting aboriginal interest in land upon discovery. Rather, the French Crown assumed full ownership of all discovered lands upon symbolic possession and conquest. Accordingly, French colonizers never engaged in the consistent practice of negotiating formal territorial surrenders with the aboriginal peoples. G. F. G. Stanley, summarized this process in "The First Indian 'Reserves' in Canada", *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 4, 2 (1950): 178-210, at p. 209, as follows:

One point of interest emerges with respect to the Indian reserves of the Ancien Régime. At no time was there any recognition on the part of the French crown of any aboriginal proprietary rights in the soil. The French settler occupied his lands in Canada without any thought of compensating the native. There were no formal surrenders from the Indians, no negotiations, and no treaties such as marked the Indian policy of the British period. The lands which were set aside for the Indians were granted not of right but of grace, not to the Indians themselves but to the religious orders who cared for them. The nearest approach to any grant to the Indians themselves was the Sillery grant of 1651. Whatever rights the Indians acquired flowed not from a theoretical aboriginal title but from the clemency of the crown or the charity of individuals.

See, similarly, Peter A. Cumming and Neil H. Mickenberg, eds., *Native Rights in Canada* (2nd ed. 1972), at pp. 80-81; Henri Brun, "Les droits

L'argument de l'intimé est assez simple. En vertu du droit britannique régissant la découverte de nouveaux territoires, la Couronne britannique devenait propriétaire des territoires nouvellement découverts, sous réserve du droit sous-jacent des peuples autochtones d'occuper et d'utiliser ces territoires. Par conséquent, la Couronne ne pouvait acquérir la pleine propriété des terres du Nouveau Monde que par un long processus de négociations avec les groupes autochtones en vue de l'achat ou de la cession des terres.

Toutefois, on affirme que, à l'opposé du régime⁴³ britannique de colonisation, la Couronne française ne reconnaissait, en droit, aucun titre aborigène subsistant sur les terres après la découverte. Au contraire, la Couronne française acquérait la propriété pleine et entière de toutes les terres découvertes dès leur conquête et leur prise de possession symbolique. Par conséquent, les colonisateurs français n'ont jamais eu pour pratique de négocier avec les peuples autochtones la cession officielle des territoires. G. F. G. Stanley a résumé ce processus dans un article intitulé «The First Indian «Reserves» in Canada», *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 4, 2 (1950): 178-210, à la p. 209:

[TRADUCTION] Une question se soulève en ce qui concerne les réserves indiennes à l'époque de l'Ancien Régime. En aucun temps la Couronne française n'a reconnu l'existence de quelque droit de propriété ancestral sur le sol. Le colon français occupait ses terres au Canada sans penser à indemniser les autochtones. Il n'y a eu ni cession officielle par les Indiens ni négociation et traité, contrairement à la situation qui a marqué la politique relative aux Indiens au cours de la période britannique. Les terres qui étaient mises de côté pour les Indiens étaient accordées non pas de plein droit mais plutôt comme une faveur, et elles étaient concédées non pas aux Indiens eux-mêmes mais aux ordres religieux qui s'occupaient d'eux. Ce qui s'est rapproché le plus d'une cession aux Indiens eux-mêmes est la cession de Sillery en 1651. Les droits qu'ont pu acquérir les Indiens ne découlaient pas d'un théorique titre aborigène, mais plutôt de gestes de magnanimité de la Couronne ou d'actes de charité de certains individus.

Voir, dans le même ordre d'idée, Peter A. Cumming et Neil H. Mickenberg, dir., *Native Rights in Canada* (2^e éd. 1972), aux pp. 80 et 81; Henri

43

44

des Indiens sur le territoire du Québec" (1969), 10 *C. de D.* 415, at pp. 428-30; Henri Brun, *Le territoire du Québec: six études juridiques* (1974), at p. 64; L. C. Green and O. P. Dickason, *The Law of Nations and the New World* (1989), at p. 223. The French monarch did cede important specific lands to missions for the purpose of organizing and evangelizing the indigenous residents of New France. As well, colonial authorities did indeed tolerate the fact that aboriginal peoples occupied and engaged in traditional practices and activities (such as fishing and hunting) on Crown lands. However, it is contended that the toleration of such activities represented a general liberty accorded to all of the King's subjects, rather than the recognition of a special right enjoyed by aboriginal peoples.

⁴⁵ The respondent further argues that following capitulation, pre-existing French colonial law was fully received under the terms of *The Quebec Act, 1774* and under the general principles of the British law of conquest. See *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), at pp. 1047-48 (E.R.), respectively; *Sammut v. Strickland*, [1938] A.C. 678 (P.C.), at p. 701. In the absence of a formal renunciation of the French colonial system, it is submitted that the common law thus incorporated the non-existence of aboriginal rights within New France in its doctrine of aboriginal title.

⁴⁶ To begin, I am not persuaded that the status of French colonial law was as clear as the respondent suggests. As H. Brun admitted in "Les droits des Indiens", *supra*, at p. 442, while French law never explicitly recognized the existence of a *sui generis* aboriginal interest in land, [TRANSLATION] "nor did it [explicitly] state that such an interest did not exist". Indeed, some legal historians have suggested that the French Crown never assumed full title and ownership to the lands occupied by aboriginal peoples in light of the nature and pattern of French settlement in New France.

Bran, «Les droits des Indiens sur le territoire du Québec» (1969), 10 *C. de D.* 415, aux pp. 428 à 430; Henri Brun, *Le territoire du Québec: six études juridiques* (1974), à la p. 64; L. C. Green et O. P. Dickason, *The Law of Nations and the New World* (1989), à la p. 223. Le monarque français a bel et bien cédé aux missions de vastes terres spécifiques afin qu'elles y regroupent et évangélisent les indigènes habitant la Nouvelle-France. De même, les autorités coloniales toléraient effectivement que des peuples autochtones occupent des terres de la Couronne et y exercent des activités et pratiques traditionnelles (telles la chasse et la pêche). On prétend toutefois que la tolérance de ce genre d'activités était une permission générale accordée à tous les sujets du roi plutôt que la reconnaissance d'un droit spécial aux peuples autochtones.

L'intimé soutient en outre que, après la capitulation, le droit colonial français qui s'appliquait auparavant a été entièrement reçu en vertu des termes de *l'Acte de Québec de 1774* et des principes généraux du droit britannique applicables en matière de conquête. Voir *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (B.R.), aux pp. 1047 et 1048 (E.R.); *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678 (P.C.), à la p. 701. En l'absence d'une renonciation formelle au système colonial français, on affirme que la common law a donc incorporé dans sa doctrine relative au titre aborigène le principe de l'inexistence de droits ancestraux en Nouvelle-France.

Pour commencer, je ne suis pas convaincu que l'état du droit colonial français était aussi clair que le prétend l'intimé. Comme l'a admis H. Brun dans «Le droit des Indiens», *loc. cit.*, à la p. 442, même si le droit français n'a jamais explicitement reconnu l'existence d'un titre aborigène *sui generis* sur les terres, «il n'en avait pas non plus précisé l'inexistence» en termes explicites. De fait, certains spécialistes de l'histoire du droit ont indiqué que la Couronne française n'avait jamais acquis la propriété pleine et entière des territoires occupés par les peuples autochtones, eu égard à la nature et à la manière dont s'est effectué le peuplement français en Nouvelle-France.

According to this historical interpretation, from the time of Champlain to 1763, French settlements within New France fell almost exclusively within the St. Lawrence Valley. At the date of Champlain's arrival in the Montreal area in 1603, the surrounding region was largely devoid of indigenous inhabitants. In one of the mysteries of the history of New France, the Iroquois people who occupied the region at the date of Jacques Cartier's visit in 1534 had simply disappeared by 1603. The French colonists thus claimed and occupied this particular area as *terra nullius*. But these historians argue that the French chose not to further encroach on the traditional lands of the aboriginal peoples surrounding the valley. In the west of New France, for instance, French seigneuries did not extend further than the Long-Sault, stopping well before the vague eastern boundary of the ancestral lands of the Algonquins. The French, of course, had good reason for not encroaching upon these lands, as they were both outnumbered and surrounded by potentially hostile forces in the Valley. Content with occupation of the *terra nullius* of the Valley, the French thus never engaged in a pattern of surrender and purchase similar to British colonial policy. In this interpretation, it is argued that the French Crown only assumed ownership of the lands lining the St. Lawrence River which it actually occupied and organized under the Seigneurial system. See, e.g., Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 768-69; Brian Slattery, "Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?", in J. M. Burnsted, ed., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I, at pp. 2-26; W. J. Eccles, "Sovereignty-Association, 1500-1783", *Canadian Historical Review*, 65, 4 (1984): 475-510, at pp. 480-87; Report of the Legal Committee of the Indian-Eskimo Association of Canada, *Native Rights in Canada* (1970), at pp. 62-66; Cumming and Mickenberg, *Native Rights in Canada*, *supra*, at pp. 83-84; Cornelius J. Jaenen, "French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime", in J. R. Miller, ed., *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada* (1991), 19, at p. 20; Richard Boivin, "Le droit des autochtones sur le

Selon cette interprétation de l'histoire, de l'arrivée de Champlain jusqu'en 1763, les établissements français en Nouvelle-France se trouvaient presque exclusivement dans la vallée du Saint-Laurent. Lorsque Champlain est arrivé dans la région de Montréal en 1603, il n'y avait pratiquement pas d'autochtones dans les régions avoisinantes. Le fait qu'en 1603 les Iroquois qui occupaient cette région au moment de la visite de Jacques Cartier en 1534 avaient tout simplement disparu de celle-ci est l'un des mystères de l'histoire de la Nouvelle-France. Les colonisateurs français ont donc revendiqué et occupé cette région en tant que *terra nullius*. Ces historiens soutiennent toutefois que les Français ont choisi de ne pas empiéter davantage sur les terres traditionnelles des peuples autochtones entourant la vallée. Par exemple, dans l'ouest de la Nouvelle-France, les seigneuries françaises n'allaient pas plus loin que Long-Sault, cessant bien avant la limite orientale imprécise des terres ancestrales des Algonquins. Les Français avaient évidemment une bonne raison de ne pas empiéter sur ces terres, puisqu'ils étaient entourés par des forces plus nombreuses et potentiellement hostiles dans la vallée. Se contentant d'occuper les *terra nullius* de la vallée, les Français ne se sont donc jamais lancés dans un processus de négociation de cession et d'achat, comme ce fut le cas sous la politique coloniale britannique. Selon cette interprétation, on prétend que la Couronne française a uniquement acquis la propriété des terres qui longent le fleuve Saint-Laurent et qu'elle a occupées et organisées en seigneuries. Voir, p. ex., Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 768 et 769; Brian Slattery, «Did France Claim Canada Upon 'Discovery'?', dans J. M. Bumsted, dir., *Interpreting Canada's Past* (1986), vol. I, aux pp. 2 à 26; W. J. Eccles, «Sovereignty-Association, 1500-1783», *Canadian Historical Review*, 65,4 (1984): 475-510, aux pp. 480 à 487; Rapport du Comité juridique de l'Association indienne-esquimaude du Canada, *Native Rights in Canada* (1970), aux pp. 62 à 66; Cumming et Mickenberg, *Native Rights in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 83 et 84; Cornelius J. Jaenen, «French Sovereignty and Native Nationhood during the French Régime», dans J. R. Miller, dir., *Sweet*

territoire québécois et les effets du régime français" (1995), 55 *R. du B.* 135, at pp. 156-60.

Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada (1991), 19, à la p. 20; Richard Boivin, «Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français» (1995), 55 *R. du B.* 135, aux pp. 156 à 160.

48

This argument is supported by the fact that, in its diplomatic relations, the French Crown maintained that aboriginal peoples were sovereign nations rather than mere subjects of the monarch. As Cumming and Mickenberg chronicle in *Native Rights in Canada*, *supra*, at pp. 81-83, 96-98, in the diplomatic period following the Treaty of Utrecht, 1713, the French officially maintained that they could not cede title to lands occupied by aboriginal peoples in the Maritimes and Upper New York State as such peoples were independent nations allied with the French Crown, rather than mere royal subjects. The French similarly disavowed responsibility for Indian attacks on the British, on the grounds that aboriginal nations were independent allies of the French monarch rather than his royal subjects. See R. O. MacFarlane, "British Indian Policy in Nova Scotia to 1760", *Canadian Historical Review* 19, 2 (1938): 154-167, at pp. 160-61; W. S. MacNutt, *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857* (1965), at pp. 29-30; G. F. G. Stanley, *New France: The Last Phase 1744-1760* (1968), at pp. 80-85. While such assertions were raised in the context of subtle diplomatic manoeuvring between the two European powers, they do not appear to have been received as entirely hollow.

Cet argument est étayé par le fait que, dans ses relations diplomatiques, la Couronne française a maintenu que les autochtones formaient des nations souveraines et n'étaient pas de simples sujets du monarque. Comme Cumming et Mickenberg le rapportent dans *Native Rights in Canada*, *op. cit.*, aux pp. 81 à 83 et 96 à 98, au cours de la période de discussions diplomatiques qui a suivi la signature du Traité d'Utrecht en 1713, les Français ont officiellement maintenu qu'ils ne pouvaient pas céder le titre sur les terres occupées par des peuples autochtones dans les Maritimes et au nord de l'État de New York, car ces peuples étaient des nations indépendantes, alliées de la Couronne française, plutôt que de simples sujets du roi. De même, les Français ont décliné toute responsabilité à l'égard des attaques des Indiens contre les Britanniques, pour le motif que les nations autochtones étaient des alliés indépendants du monarque français plutôt que des sujets royaux. Voir R. O. MacFarlane, «British Indian Policy in Nova Scotia to 1760», *Canadian Historical Review* 19, 2 (1938): 154-167, aux pp. 160 et 161, W. S. MacNutt, *The Atlantic Provinces: The Emergence of Colonial Society 1712-1857* (1965), aux pp. 29 et 30; G. F. G. Stanley, *New France: The Last Phase 1744-1760* (1968), aux pp. 80 à 85. Même si ces déclarations ont été faites dans le cadre de subtiles manœuvres diplomatiques par les deux puissances européennes, elles ne semblent pas avoir été considérées comme des paroles entièrement creuses.

49

Furthermore, even under the assumption that the respondent's characterization of French colonial system is accurate, it is not at all clear that French colonial law governing relations with aboriginal peoples was mechanically received by the common law upon the commencement of British sovereignty. It is true that under *The Quebec Act, 1774*, and under the legal principles of British conquest, the pre-existing laws governing the acquired territory of New France were received and continued

De plus, même si l'on suppose que la caractérisation faite par l'intimé du système colonial français est exacte, il est loin d'être évident que le droit colonial français régissant les relations avec les peuples autochtones a été automatiquement reçu par la common law au début de la souveraineté britannique. Il est vrai que, aux termes de l'*Acte de Québec de 1774* et en vertu des principes de droit britannique concernant les conquêtes, les lois existantes qui régissaient le territoire acquis de la

in the absence of subsequent legislative modification. It is by these legal means that the distinct civilian system of private law continues to operate and thrive within the modern boundaries of the province of Quebec. But while the new British regime received and continued the former system of colonial law governing the proprietary relations between private individuals, it is less clear that the advent of British sovereignty continued the French system of law governing the relations between the British Crown and indigenous societies. In short, the common law recognizing aboriginal title was arguably a necessary incident of British sovereignty which displaced the pre-existing colonial law governing New France. As Professor Slattery argues in "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 737-38:

The doctrine of aboriginal rights, like other doctrines of colonial law, applied automatically to a new colony when the colony was acquired. In the same way that colonial law determined whether a colony was deemed to be "settled" or "conquered", and whether English law was automatically introduced or local laws retained, it also supplied the presumptive legal structure governing the position of native peoples. The doctrine of aboriginal rights applied, then, to every British colony that now forms part of Canada, from Newfoundland to British Columbia. Although the doctrine was a species of unwritten British law, it was not part of English common law in the narrow sense, and its application to a colony did not depend on whether or not English common law was introduced mere. Rather the doctrine was part of a body of fundamental constitutional law that was logically prior to the introduction of English common law and governed its application in the colony.

Indeed, this Court has held that the law of aboriginal title represents a distinct species of federal common law rather than a simple subset of the common or civil law or property law operating within the province: *Roberts v. Canada*, [1989] 1

Nouvelle-France ont été reçues et ont continué à s'appliquer en l'absence de modification législative ultérieure. C'est par ces règles de droit que le régime civil distinct de droit privé continue de s'appliquer et de se développer à l'intérieur des frontières modernes de la province de Québec. Cependant, même si le nouveau régime britannique a reçu et continué d'appliquer l'ancien système de droit colonial régissant les rapports entre les individus en matière de droit de propriété, il est moins évident que l'avènement de la souveraineté britannique a perpétué le système de droit français réglant les relations entre la Couronne britannique et les sociétés autochtones. En résumé, il est possible de prétendre que la reconnaissance du titre aborigène par la common law constituait une conséquence nécessaire de la souveraineté britannique, qui a écarté le droit colonial antérieur qui régissait la Nouvelle-France. Le professeur Slattery affirme ce qui suit dans «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 737 et 738:

[TRADUCTION] La doctrine relative aux droits ancestraux, tout comme les autres aspects du droit colonial, s'appliquait automatiquement à une nouvelle colonie lorsque celle-ci était acquise. De la même manière qu'il déterminait si une colonie était réputée avoir été «établie» ou «conquise», et si le droit anglais était automatiquement introduit ou si les règles de droit locales étaient maintenues, le droit colonial établissait aussi les présomptions juridiques régissant la situation des peuples autochtones. La doctrine des droits ancestraux s'appliquait donc à chacune des colonies britanniques qui font maintenant partie du Canada, de Terre-Neuve à la Colombie-Britannique. Même si cette doctrine constituait une sorte de règle de droit britannique non écrite, elle ne faisait pas partie de la common law anglaise au sens restreint, et son application dans une colonie ne dépendait pas de la question de savoir si oui ou non la common law anglaise y avait été introduite. Cette doctrine faisait plutôt partie d'un ensemble de règles de droit constitutionnel fondamentales qui étaient logiquement antérieures à l'introduction de la common law anglaise et qui régissaient son application dans la colonie.

De fait, notre Cour a statué que le droit relatif au titre aborigène constitue une catégorie distincte de la common law fédérale plutôt qu'une branche de la common law, du droit civil ou du droit des biens applicable dans la province: *Roberts c. Canada*,

S.C.R. 322, at p. 340. See the views of the Royal Commission on Aboriginal Peoples on the status of aboriginal rights as federal common law in *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution* (1993), at p. 20.

⁵⁰ However, I do not rely on such reasoning to reject the position of the respondent on the reception of French colonial law. Rather, I believe that the respondent's submission is best addressed under the terms and purpose of the constitutional enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

⁵¹ I do not believe that the intervention of French sovereignty negated the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1). The entrenchment of aboriginal ancestral and treaty rights in s. 35(1) has changed the landscape of aboriginal rights in Canada. As explained in the *Van der Peet* trilogy, the purpose 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 such practices, customs and traditions 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 tests outlined in *Sparrow, supra*, and *Gladstone, supra*.

⁵² As such, the fact that a particular practice, custom or tradition continued, in an unextinguished manner, following the arrival of Europeans but in the absence of the formal gloss of legal recognition from French colonial law should not undermine the constitutional 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 were fortunate enough to have received the legal recognition and approval of European colonizers. I should stress that the French Regime's failure to

[1989] 1 R.C.S. 322, à la p. 340. Voir les opinions de la Commission royale sur les peuples autochtones relativement au statut des droits ancestraux en tant qu'aspect de la common law fédérale dans *Partenaires au sein de la Confédération: les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution* (1993), à la p. 20.

Toutefois, je ne me fonde pas sur ce raisonnement pour rejeter la thèse de l'intimé en ce qui concerne la réception du droit colonial français. J'estime plutôt qu'il est préférable d'analyser l'argument de l'intimé en fonction du libellé et de l'objet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je ne crois pas que la souveraineté française a mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France. L'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités au par. 35(1) a modifié la situation des droits ancestraux au Canada. Comme il a été expliqué dans la trilogie *Van der Peet*, le par. 35(1) visait à étendre la protection de la Constitution aux coutumes, pratiques et traditions fondamentales de la culture distinctive des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Si ces coutumes, pratiques et traditions ont continué d'être observées après le contact avec les Européens et n'ont pas été éteintes de façon expresse, elles ont droit d'être reconnues dans la Constitution, sous réserve de l'application des critères relatifs à l'atteinte et à la justification formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, précités.

En conséquence, le fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle 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 s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colo-

recognize legally a specific aboriginal practice, custom or tradition (and indeed the French Regime's tacit toleration of a specific practice, custom or tradition) clearly cannot be equated with a "clear and plain" intention to extinguish such practices under the extinguishment test of s. 35(1). See *Sparrow*, *supra*, at p. 1099; *Gladstone*, *supra*, at para. 34.

The respondent's view, if adopted, would create an awkward patchwork of constitutional protection for aboriginal rights across the nation, depending upon the historical idiosyncrasies of colonization over particular regions of the country. In my respectful view, such a static and retrospective interpretation of s. 35(1) cannot be reconciled with the noble and prospective purpose of the constitutional entrenchment of aboriginal and treaty rights in the *Constitution Act, 1982*. Indeed, the respondent's proposed interpretation risks undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect the distinctive cultures of pre-existing aboriginal societies. To quote the words of Brennan J. in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), at p. 42:

Whatever the justification advanced in earlier days for refusing to recognize the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of settled colonies, an unjust and discriminatory doctrine of that kind can no longer be accepted.

Therefore, even on the assumption that the French Crown did not legally recognize the right of the Algonquins to fish within the Z.E.C. prior to the commencement of British sovereignty, it remains open to the appellants to establish that they enjoyed an aboriginal right to fish within the Z.E.C. under the principles of *Van der Peet*, *Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*

nisateurs européens. Je tiens à souligner que le fait que le régime français n'ait pas reconnu une coutume, pratique ou tradition autochtone donnée (et, de fait, la tolérance tacite par le régime français d'une telle coutume, pratique ou tradition) ne peuvent manifestement pas être assimilés à l'intention «claire et expresse» d'éteindre de telles pratiques qui est requise par le critère relatif à l'extinction des droits visés au par. 35(1). Voir *Sparrow*, précité, à la p. 1099; *Gladstone*, précité, au par. 34.

Si elle était retenue, la thèse de l'intimé entraînerait la création, à la grandeur du pays, d'un ensemble de mesures disparates de protection constitutionnelle des droits ancestraux, mesures qui seraient fonction des particularités historiques de la colonisation dans les diverses régions. À mon humble avis, une telle interprétation statique et rétrospective du par. 35(1) ne peut être conciliée avec l'objectif noble et prospectif de l'inscription des droits ancestraux et des droits issus de traités dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. De fait, l'interprétation proposée par l'intimé risque de saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté la culture distinctive des sociétés autochtones préexistantes. Pour reprendre les termes du juge Brennan dans *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), à la p. 42:

[TRADUCTION] Quel que soit le motif qui ait été avancé autrefois pour justifier le refus de reconnaître les droits de propriété des habitants autochtones des colonies, une telle doctrine injuste et discriminatoire ne peut plus désormais être acceptée.

Par conséquent, même en supposant que la Couronne française n'a pas reconnu légalement le droit des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. avant le début de la souveraineté britannique, les appelants ont néanmoins la possibilité de démontrer qu'ils avaient, suivant les principes énoncés dans les arrêts *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, le droit ancestral de pêcher dans la Z.E.C.

Application of the *Van der Peet* Test

⁵⁵ The first stage 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 taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation said to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right.

⁵⁶ In this case, the claim of the appellants is best characterized as a claim for an aboriginal right to fish for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. At trial, the Algonquin elders Albert Brascoupé and William Commanda testified at length in relation to the practice, custom and tradition of their ancestors of fishing for sustenance within the waters of the Z.E.C., particularly but not exclusively within Desert Lake. The actions of the appellant Côté in this instance, of course, did not represent an act of fishing for food *per se*; rather, he was fishing to illustrate and teach younger aboriginal students the traditional Algonquin practices of fishing for food. But this fact should not change the nature of the appellant's claim. In the aboriginal tradition, societal practices and customs are passed from one generation to the next by means of oral description and actual demonstration. As such, to ensure the continuity of aboriginal practices, customs and traditions, a substantive aboriginal right will normally include the incidental right to teach such a practice, custom and tradition to a younger generation. Thus, looking behind the immediate context of the appellant Côté's actions, the actual substantive claim in this instance should still be viewed as a right to fish for food.

⁵⁷ The characterization of the appellants' claim as a site-specific right to fish for food is confirmed by the nature of the regulations alleged to infringe the right. The *Quebec Fishery Regulations* prohibit all fishing within the area in the absence of a licence. On its face, the regulation directly regulates the

L'application du critère formulé dans *Van der Peet*

Conformément à la première étape 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 des appelants est de dire qu'ils revendiquent le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. Au procès, les aînés Albert Brascoupé et William Commanda ont longuement témoigné sur les coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres en ce qui concerne la pêche à des fins alimentaires dans les eaux de la Z.E.C., en particulier mais non exclusivement dans le lac Désert. En l'espèce, l'appellant Côté ne pêchait évidemment pas pour se nourrir, mais plutôt pour enseigner à de jeunes élèves autochtones les pratiques traditionnelles des Algonquins en matière de pêche à des fins alimentaires. Ce fait ne devrait toutefois pas changer la nature de la revendication des appelants. Dans la tradition autochtone, les coutumes, pratiques et traditions sociales sont transmises de génération en génération au moyen de descriptions orales et de démonstrations pratiques. En conséquence, de façon à assurer la continuité des coutumes, pratiques et traditions autochtones, un droit ancestral substantiel emportera normalement le droit accessoire d'enseigner cette coutume, pratique ou tradition aux générations qui suivent. Ainsi, si l'on regarde au-delà du contexte immédiat des actes de l'appellant Côté, le droit substantiel revendiqué en l'espèce devrait encore être considéré comme étant le droit de pêcher à des fins alimentaires.

La nature des textes réglementaires qui, prétendon, porteraient atteinte au droit en cause confirme la caractérisation de la revendication des appelants, savoir le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un site spécifique. Le *Règlement de pêche du Québec* interdit à quiconque de pêcher sans permis

fishing practices of the appellant, thus supporting the foregoing characterization. The *Regulation respecting controlled zones*, however, only prohibits access to the Z.E.C. by motor vehicle in the absence of payment of a fee. At face value, the provincial regulation would appear to regulate a right of access to land, rather than a right to fish. But a right to fish for food upon a certain tract of territory would be meaningless without a right of physical access to that territory. If the provincial regulation effectively precluded the Algonquins from gaining access to the Z.E.C., such a regulation would have a direct impact upon the claimed right to fish. Under the totality of the circumstances, the asserted right is therefore properly framed as a right to fish for food within the territory of the Z.E.C.

The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the court to inquire whether the activity claimed to be an aboriginal right is part of a practice, custom or tradition which was, prior to the contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. In this case, it must be determined whether fishing for food in the Z.E.C. was a central or significant feature of the distinctive culture of the Algonquin people prior to the time of contact. But as noted in *Adams*, at para. 46, evidence that at contact a custom was a significant part of their distinctive culture will generally be sufficient to demonstrate that prior to contact that custom was also significant to that particular culture. In this instance, similar to the situation of the geographically proximate Mohawks in *Adams*, I believe that the relevant time period for contact is best identified as the arrival of Samuel de Champlain in 1603, when the French began to assume effective control over the territories of New France.

dans la zone en question. La simple lecture de ce texte nous indique qu'il réglemente directement les pratiques de pêche de l'appellant, ce qui vient étayer la caractérisation qui précède. Toutefois, le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne fait qu'interdire l'accès à la Z.E.C. en véhicule automobile à moins de payer les droits prescrits. Comme tel, le texte provincial semble réglementer le droit d'accès au territoire plutôt que le droit d'y pêcher. Cependant, le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un territoire donné serait dénué de sens en l'absence du droit d'accéder à ce territoire. Si le règlement provincial empêchait effectivement les Algonquins d'avoir accès à la Z.E.C., il aurait alors une incidence directe sur le droit de pêche revendiqué. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on peut à juste titre caractériser le droit revendiqué de droit de pêcher à des fins alimentaires dans le territoire de la Z.E.C.

Suivant la deuxième étape de l'analyse faite dans *Van der Peet*, la Cour doit examiner si l'activité que l'on prétend être un droit ancestral est un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition qui, avant le contact avec les Européens, faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné. En l'espèce, il faut déterminer si la pêche à des fins alimentaires dans la Z.E.C. était une caractéristique fondamentale ou importante de la culture distinctive des Algonquins avant le contact avec les Européens. Toutefois, comme il a été souligné dans *Adams*, au par. 46, la preuve qu'une coutume constituait, au moment du contact avec les Européens, un élément important de la culture distinctive d'un peuple suffira en règle générale à établir que cette coutume constituait également, avant le contact avec les Européens, un élément important de la culture en question. Dans le présent cas, qui soulève une situation analogue à celle des Mohawks dans *Adams*, qui habitent un territoire géographiquement proche de celui visé en l'espèce, j'estime que le moment qui correspond le plus précisément au contact avec les Européens est l'arrivée de Samuel de Champlain en 1603, moment où la France a pris le contrôle effectif des territoires de la Nouvelle-France.

59

Following the example of *Van der Peet*, *Gladstone*, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, and most recently, *Adams*, the role of this Court is to rely on the findings of fact made by the trial judge and to assess whether those findings of fact were both reasonable and support the claim that an activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal community or group in question. In this instance, both Barrière Prov. Ct. J. and Frenette J. made divergent findings of fact in relation to whether the Algonquins exercised sufficient continuous occupation over the disputed territory to give them aboriginal title to it. However, these particular findings do not relate specifically to the proper question at issue today: namely, whether the reliance on the rivers and lakes within the Z.E.C., particularly Desert Lake, as a source of food was a significant part of the life of the Algonquins prior to contact. Furthermore, as noted previously, the findings of Barrière Prov. Ct. J. were focused on the incorrect date; the trial judge scrutinized the occupation of the Algonquins at the time of British conquest, rather than the correct and much earlier date of the dawn of the 17th century.

60

However, Frenette J. did indeed make a finding of fact which was directed at the proper question before the Court in this case. On the question of title, Frenette J. undertook a comprehensive review of the historical and anthropological evidence in the record to determine whether the appellants had exercised sufficient occupancy over the Z.E.C. lands to satisfy the criteria set out in *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.). He concluded that in light of the itinerant hunting patterns and the thin population of the Algonquins, the appellants had failed to demonstrate that the Algonquins exercised real and exclusive possession over the disputed territories. But in framing his findings of fact in relation to title, he found that the evidence did demonstrate that the Algonquins exerted a

Tout comme dans les arrêts *Van der Peet*, *Gladstone* et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, et, plus récemment, dans l'arrêt *Adams*, le rôle de notre Cour consiste à s'en remettre aux conclusions de fait du juge du procès et à se demander si elles étaient raisonnables et si elles étayaient la prétention selon laquelle l'activité en cause était un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité ou du groupe autochtone concerné. En l'espèce, le juge Barrière et le juge Frenette ont tiré des conclusions de fait divergentes sur la question de savoir si les Algonquins ont occupé le territoire en litige de façon suffisamment continue pour acquérir le titre aborigène sur celui-ci. Toutefois, ces conclusions particulières ne concernent pas précisément la véritable question en litige dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire si l'exploitation, à des fins alimentaires, des rivières et des lacs de la Z.E.C., particulièrement le lac Désert, constituait un aspect important de la vie des Algonquins avant le contact avec les Européens. De plus, comme il a été signalé précédemment, les conclusions du juge Barrière n'étaient pas fondées sur la bonne date. En effet, le juge du procès a analysé l'occupation du territoire par les Algonquins à l'époque de la conquête britannique plutôt qu'à l'époque pertinente et beaucoup plus ancienne, c'est-à-dire l'aube du XVII^e siècle.

Cependant, le juge Frenette a effectivement tiré une conclusion de fait visant la véritable question en litige devant notre Cour en l'espèce. En ce qui concerne la question du titre, le juge Frenette a fait une analyse exhaustive de la preuve historique et anthropologique au dossier pour déterminer si les appelants avaient occupé les territoires de la Z.E.C. de manière suffisante pour satisfaire au critère formulé dans l'arrêt *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.). Il a conclu que, vu la faible population des Algonquins et le fait que ceux-ci étaient des chasseurs itinérants, les appelants n'avaient pas démontré que les Algonquins avaient eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. Toutefois, en formulant ses conclusions de fait concernant la question du titre, le juge a conclu

presence in the disputed territory at the time of contact. He stated at p. 125 (C.N.L.R.):

[TRANSLATION] If account is taken of all these factors and of the fact that the evidence shows that, given the number of Indians frequenting the territory in question, it was sparsely inhabited, while most of the Algonquins lived at the Sulpician mission at Lac des Deux-Montagnes (as noted by these anthropologists and by William Johnson), it must be concluded that the thesis put forward by the appellants is, at the very least, highly questionable and that it has instead been proved on a balance of probabilities that the Algonquins did not have real and exclusive possession of me territory in question. [Emphasis added.]

In short, while Frenette J. disputed the exclusive quality of the Algonquins' occupation of the Z.E.C., he accepted that the Algonquins did indeed frequent the territory in question at the relevant time. This finding is not contradicted by any other finding by Barrière Prov. Ct. J.

This finding is supported by the expert testimony presented at first instance. The appellants' key expert witness was Dr. Parent, a historian of aboriginal peoples in New France during the 17th century. Notwithstanding some of the Attorney General's doubts concerning Dr. Parent's expertise in this domain, the trial judge certified Parent as an expert witness on the history of the Algonquin people. In his testimony, Parent stated that in analysing the primary materials prepared by explorers and missionaries in the beginning of the 17th century, he could accurately identify the ancestral territories of the Algonquin people. As he described his methodology and conclusions:

[TRANSLATION] To determine who controlled what and where, I relied primarily on what was written by Champlain at the time, and the first books by the Jesuits, essentially all the documents of those who wrote between 1603 and 1653. On that basis, I was able to delimit the territories of each nation, because Champlain described them....

que la preuve révélait effectivement que les Algonquins avaient été présents dans le territoire en litige au moment du contact avec les Européens. Il a dit ce qui suit, à la p. 1905:

Si on considère tous ces éléments et le fait que la preuve révèle que le nombre d'Indiens fréquentant le territoire en litige, ce dernier était peu habité, alors que la majeure partie des Algonquins résidaient à la mission sulpicienne du lac des Deux-Montagnes (tel qu'indiqué par ces anthropologues et ainsi que par William Johnson), il faut conclure que la thèse proposée par les appelants est pour le moins très discutable et que la preuve prépondérante a plutôt établi que les Algonquins n'avaient pas eu la possession réelle et exclusive du territoire en litige. [Je souligne.]

En résumé, même si le juge Frenette a mis en doute le caractère exclusif de l'occupation du territoire de la Z.E.C. par les Algonquins, il a reconnu que ces derniers avaient bel et bien fréquenté le territoire en litige à l'époque pertinente. Les conclusions du juge Barrière ne contredisent pas cette constatation.

Les témoignages d'experts présentés en première instance étayaient cette conclusion. Le principal témoin expert des appelants a été M. Parent, historien spécialiste des peuples autochtones qui habitait la Nouvelle-France au XVII^e siècle. Malgré les doutes exprimés par le procureur général au sujet de l'expertise de M. Parent dans ce domaine, le juge du procès a reconnu à M. Parent la qualité de témoin expert de l'histoire du peuple algonquin. Dans son témoignage, M. Parent a dit que l'analyse des documents originaux préparés par les explorateurs et les missionnaires au début du XVII^e siècle lui avait permis de délimiter avec précision les territoires ancestraux du peuple algonquin. Voici comment il a décrit sa méthode et ses conclusions:

Pour savoir qui contrôle quoi et où, je me suis servi principalement de l'œuvre de Champlain à l'époque, et des premiers livres des Jésuites, en fin de compte, de toute la documentation de ceux qui avaient écrit entre 1603 et 1653. Et ça m'a permis de délimiter les territoires de chacune des nations parce que Champlain les avaient décrits...

[Turning to a map] The Algonquin territory covered first the entire Ottawa River geographic basin and then all the river basins, including, as I told you earlier, the Jacques Carrier River. That means the St. Maurice as well. [Emphasis added.]

Parent concluded that the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert fell well within these traditional grounds of the Algonquins. As he stated:

[TRANSLATION] The origin of the Algonquins is the Ottawa River, including, of course, the [Bras-Coupé-Desert] Z.E.C., which is an integral part of the Ottawa River geographic basin. [Emphasis added.]

62

Parent further testified as to the nature of Algonquin society at the time of contact. He explained that the Algonquins were, both socially and politically, a highly organized society. The foundation of their social organization consisted of multi-familial units of 15 people or more. These multi-familial units were organized into larger groups ("winter bands" and "summer bands") for purposes of coordinating domestic activities, such as acquiring food and building shelter. According to Parent, these larger bands shared a sufficient sense of community to be characterized as a "nation". As he noted, they were governed by [TRANSLATION] "types of laws, ways and customs accepted and followed by everyone".

63

Parent described the Algonquins as a moderately nomadic people, who settled only temporarily and moved frequently within the area of the Ottawa River basin by means of foot, snowshoe, and canoe. Their itinerant habits were dictated by the presence and movements of their sources of sustenance, which in turn were governed by the changes of the seasons. Depending on the season, Parent testified that the Algonquin diet consisted of migratory birds, beavers, deer and moose. He was specific, however, that the Algonquins did indeed rely on fishing as an important source of

[Se tournant vers une carte] Alors le territoire algonquin il recoupe au départ tout le bassin géographique de la rivière Outaouais puis, recoupe tous les bassins hydrographiques, en fin de compte, comme je vous le disais tantôt là, jusqu'à la rivière Jacques-Cartier inclusivement. Ça veut dire aussi le St-Maurice. [Je souligne.]

M. Parent a conclu que la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert était située à l'intérieur de ces territoires traditionnels des Algonquins. Il a dit ceci:

Et les Algonquins, leur origine c'est la rivière Outaouais, y compris, bien entendu, la Z.E.C. [Bras-Coupé-Desert], c'est une partie intégrante du bassin géographique de l'Outaouais. [Je souligne.]

M. Parent a aussi témoigné à l'égard de la nature de la société algonquine à l'époque du contact avec les Européens. Il a expliqué que les Algonquins formaient, tant sur le plan social que sur le plan politique, une société hautement organisée. Des unités multifamiliales comprenant 15 personnes ou plus constituaient le fondement de leur organisation sociale. Ces unités multifamiliales étaient organisées en groupes plus larges («bandes d'hiver» et «bandes d'été») de manière à coordonner les activités domestiques, telles la quête de nourriture et la construction d'abris. Selon M. Parent, ces bandes plus larges partageaient un sens communautaire suffisant pour qu'on les qualifie de «nation». Comme il l'a fait remarquer, elles étaient régies par des «espèces de loi, des us et coutumes acceptés et suivis par tous».

M. Parent a dit des Algonquins qu'ils formaient un peuple plus ou moins nomade, qu'ils ne s'établissaient à un endroit que temporairement et qu'ils se déplaçaient fréquemment dans la région du bassin de la rivière des Outaouais, à pied, en raquettes et en canot. Leur nomadisme était dicté par la présence et les migrations de leurs sources alimentaires, facteurs qui dépendaient des saisons. M. Parent a témoigné que, suivant la saison, le régime alimentaire des Algonquins consistait d'oiseaux migrateurs, de castors, de chevreuils et d'originaux. Il a toutefois précisé que la pêche constituait effectivement une importante source alimentaire pour les Algonquins. Voici comment il

sustenance. As he described the traditional diet of the Algonquins with the arrival of the fall:

[TRANSLATION] August, generally late August, and early September were the fish spawning season; the fish spawned, if you will, in relatively sandy places and it was at this time that the multi-familial units and the winter bands and summer band came together, it was at this time that the summer band came together. They fished intensively in the spawning grounds of different species of fish.

Why? Strictly because the fish served to build up the provisions they would use until the major winter snowfalls in late January. So the fish were caught, dried, smoked and stored, as it were, for the fall period.

In brief, in Parent's expert opinion, fishing within these traditional lands represented an important mode of survival for the Algonquins during the fall and early winter prior to the migration of potential prey such as deer, moose, and caribou.

The content of Parent's testimony was not significantly impugned upon cross-examination. Parent did acknowledge that following war in 1632, the Algonquins left the Ottawa River basin in large numbers and sought refuge next to French settlements. The Algonquins resumed occupation of their traditional lands following a peace treaty in 1666. However, the substance of Parent's testimony relating to the society and practices of the Algonquins at the time of contact remained unchallenged.

The respondent Attorney General, for its part, did not call any comparable historian or anthropologist to rebut Parent's conclusions. The respondent called upon Ms. Jacqueline Beaulieu, a geographer and cartographer employed by the Quebec government, who testified in relation to official government mapping of aboriginal groups following 1760 until today. The respondent also elicited the testimony of Mr. Gilbert Ryan, an employee of the Department of Indian Affairs and Northern Development, whose experience related to title registries

a décrit le régime alimentaire traditionnel des Algonquins à l'arrivée de l'automne:

Or, au mois d'août, en général, vers la fin d'août, début septembre, c'est le frai du poisson; les poissons fraient, si vous voulez, dans des endroits assez sablonneux et c'est à ce moment-là que les groupes multifamiliaux et les bandes d'hiver de même que la bande d'été se regroupent, c'est à ce moment-là que la bande d'été se regroupe. Et là on fait une pêche intensive dans les frayères de différentes espèces de poissons.

Pourquoi on fait ça? C'est strictement parce que le poisson sert à accumuler les vivres qui vont leur servir jusqu'aux grandes neiges d'hiver de la fin janvier. Alors, on pêche ce poisson-là, on le sèche, on le fume et on le conserve, si vous voulez, pour la période de l'automne.

En résumé, suivant le témoignage d'expert de M. Parent, la pêche dans ces territoires traditionnels constituait un important moyen de survie pour les Algonquins au cours de l'automne et au début de l'hiver, avant la migration de gibier potentiel comme le chevreuil, l'orignal et le caribou.

La teneur du témoignage de M. Parent n'a pas été attaquée de façon importante au cours du contre-interrogatoire. M. Parent a reconnu que, à la suite d'une guerre en 1632, les Algonquins avaient quitté en grand nombre le bassin de la rivière des Outaouais et cherché refuge près des établissements français. Les Algonquins ont recommencé à occuper leurs territoires traditionnels après la conclusion d'un traité de paix en 1666. Toutefois, la substance du témoignage de M. Parent au sujet de la société et des pratiques des Algonquins à l'époque du contact avec les Européens n'a pas été contestée.⁶⁴

Pour sa part, le procureur général intimé n'a pas fait témoigner d'historien ou d'anthropologue pour réfuter les conclusions de M. Parent. Il a fait comparaître M^{me} Jacqueline Beaulieu, géographe et cartographe travaillant pour le gouvernement québécois, qui a déposé au sujet de l'établissement par le gouvernement de cartes officielles des territoires des groupes autochtones de 1760 à aujourd'hui. L'intimé a aussi fait témoigner M. Gilbert Ryan, qui travaille au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et dont l'expérience concerne les⁶⁵

of Indian lands. Neither of these experts testified in relation to the practices, customs and traditions of the Algonquin people at the time of contact, nor, it would appear, would they have been qualified to do so. In short, the respondent led no expert evidence which would call into doubt Mr. Parent's historical conclusions.

⁶⁶ Before this Court, the respondent continued to challenge Parent's expertise. The Attorney General asserted that Parent's expertise was limited to the history of the Montagnais and the Attikamekws, and that Parent lacked objectivity in relation to the claims of the Algonquins. On the evidence, I see no reason to overrule the trial judge's certification of Parent as an expert. Indeed, I note that the Crown relied on the expertise of Parent in *Adams* in relation to the historical customs and practices of the Mohawks, notwithstanding the alleged limits on the scope of his expertise.

⁶⁷ In summary, following my survey of the record, I conclude that Frenette J. made a finding of fact that the Algonquins did frequent the Z.E.C. as part of their traditional lands at the time of contact. This finding was not contradicted by any of the findings of the Provincial Court, or for that matter, the Court of Appeal. Frenette J.'s finding is supported and elaborated by me expert evidence of Dr. Parent presented at trial. According to Dr. Parent, at the time of contact, the ancestral lands of the Algonquins lay at the heart of the Ottawa River basin. These ancestral lands included the territory demarcated by the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. The Algonquins, as a socially organized but nomadic people, moved frequently within these lands. The traditional diet of the Algonquins depended on the season, but Parent concluded on the basis of the available anthropological evidence that the Algonquins predominantly relied on fish to survive during the fall season prior to winter.

registres des terres indiennes. Ni l'un ni l'autre de ces experts n'a témoigné au sujet des coutumes, pratiques et traditions des Algonquins à l'époque du contact avec les Européens, et il ne semble pas non plus qu'ils auraient été qualifiés pour le faire. Bref, l'intimé n'a présenté aucun témoignage d'expert qui aurait permis de mettre en doute les conclusions historiques de M. Parent.

Devant notre Cour, l'intimé a continué de contester l'expertise de M. Parent. Le procureur général a soutenu que l'expertise de ce dernier se limitait à l'histoire des Montagnais et des Attikameks, et qu'il manquait d'objectivité en ce qui concerne les revendications des Algonquins. Compte tenu de la preuve, je ne vois aucune raison d'infirmer la décision du juge du procès de reconnaître à M. Parent la qualité de témoin expert. De fait, je tiens à souligner que, dans *Adams*, le ministère public a fait appel à l'expertise de M. Parent au sujet des coutumes, pratiques et traditions historiques des Mohawks, malgré les limites qu'il attribue à l'expertise de ce témoin.

En résumé, après avoir examiné le dossier, je conclus que le juge Frenette a tiré la constatation de fait que les Algonquins fréquentaient effectivement le territoire de la Z.E.C. en tant que partie de leurs terres traditionnelles à l'époque du contact. Cette constatation n'est pas contredite par les conclusions de la Cour provinciale, ni d'ailleurs par celles de la Cour d'appel. La conclusion du juge Frenette est étayée et précisée par le témoignage d'expert présenté au procès par M. Parent. Suivant ce dernier, à l'époque du contact avec les Européens, les terres ancestrales des Algonquins se trouvaient au cœur même du bassin de la rivière des Outaouais. Ces terres ancestrales comprenaient le territoire délimité par la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert. Les Algonquins, société organisée mais peuple nomade, se déplaçaient fréquemment à l'intérieur de ces terres. Le régime alimentaire traditionnel des Algonquins dépendait des saisons, mais M. Parent a conclu, en se fondant sur la preuve anthropologique disponible, que les Algonquins comptaient principalement sur la pêche pour survivre pendant l'automne, avant l'hiver.

In light of the Crown's failure to elicit any contrary historical evidence at trial, the evidence produced at trial coupled with the findings of fact of the Superior Court is sufficient to support the inference that fishing for food within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C., and in particular, Desert Lake, was a significant part of the life of the Algonquins from a time dating from at least 1603 and the arrival of French explorers and missionaries into the area. Fishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter.

As part of the second stage of the *Van der Peet* analysis, there must also 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. Because the courts below collectively operated on the assumption that the claim of an aboriginal right to fish must rest in an underlying claim to aboriginal title, they did not direct themselves to answering this question. Nevertheless, a survey of the record reveals that this part of the *Van der Peet* test has been met as well.

The relevant testimony was provided by two witnesses for the defence, Mr. Jacques Frenette and Mr. Jean-Guy Deschênes. Mr. Frenette was an anthropologist and ethnohistorian who studied the Desert River Band of the Algonquin people. Part of his testimony involved a description of the progressive abandonment of agriculture by this band after 1945. Despite the shift away from agriculture, traditional activities, such as fishing, continued:

[TRANSLATION] [A]griculture was abandoned, but the traditional activities continued. And here, well, I spoke of the example of fishing, and I come back to it, because the example of fishing is important.

Later on in his testimony, Mr. Frenette concluded that [TRANSLATION] "fishing is a traditional activity that is continuing, is a traditional activity that has

Étant donné que, au procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve historique à l'effet contraire, la preuve qui y a été produite, conjuguée aux conclusions de fait de la Cour supérieure, est suffisante pour étayer la conclusion que la pêche à des fins alimentaires dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C. et, en particulier, dans le lac Désert, était un aspect important de la vie des Algonquins, depuis au moins 1603 et l'arrivée des explorateurs et des missionnaires français dans cette région. La pêche était importante pour les Algonquins parce qu'elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l'hiver.

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. Étant donné que les juridictions inférieures ont toutes supposé que la revendication d'un droit de pêche ancestral doit être fondée sur la revendication d'un titre aborigène sous-jacent, elles ne se sont pas posé cette question. Il ressort néanmoins de l'examen du dossier que ce volet du critère établi dans *Van der Peet* a lui aussi été satisfait.

Les dépositions pertinentes ont été fournies par deux témoins de la défense, MM. Jacques Frenette et Jean-Guy Deschênes. Le premier, qui est anthropologue et ethnohistorien, a étudié les Algonquins de la bande indienne de la rivière Désert. Dans une partie de son témoignage, il a décrit l'abandon progressif de l'agriculture par la bande après 1945. Malgré le délaissement de l'agriculture, les activités traditionnelles telle la pêche se sont poursuivies:

[L]agriculture est abandonnée, mais par contre, les activités traditionnelles se sont poursuivies. Et puis ici, bon, j'ai parlé de l'exemple de la pêche et j'y reviens, parce que l'exemple de la pêche est important.

Plus loin dans son témoignage, M. Frenette a conclu que «la pêche est [une] activité traditionnelle qui se maintient, est une activité traditionnelle qui

remained important". Finally, in relation to his work on the Z.E.C. Bras-Coupé-Desert, Mr. Frenette again stated that [TRANSLATION] "traditional activities, that is, fishing... activities...continued". Mr. Deschênes, also an anthropologist, stressed that aboriginal customs relating to fishing which exist today have their roots in a long tradition which started prior to European contact:

[TRANSLATION] All the basic characteristics of the Algonquin culture...concerning dealings with animals, these are factors which I regard as coming from a very lengthy tradition.

The reason I say that is that it is shared by such a large number of groups that it must be part of an ancient development. The manner, for example, of respecting animals, of carrying out rituals, is shared by all the Algonquins and for it to be so widespread, it must thus go back a long way because these are basic concepts, that is how people see the world, and these are things that change fairly slowly.

Therefore, in evolution, these phenomena can be regarded as coming from the pre-Columbian period.

71 In conclusion, I am satisfied that the appellants have demonstrated the existence of an aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the territory of the Z.E.C. under the *Van der Peet* test.

Extinguishment

72 The Court must now consider whether, prior to 1982, the Algonquins' aboriginal right to fish within the Z.E.C. was extinguished. The respondent Attorney General, however, has declined to offer any proof relating to the question of extinguishment. Accordingly, I take it that the ancestral right of the Algonquins in this instance represents an "existing" aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Infringement

73 Having found an "existing" aboriginal right to fish within the lakes and rivers of the Z.E.C., I now

est demeurée importante». Enfin, relativement à ses travaux concernant la Z.E.C. Bras-Coupé-Desert, M. Frenette a répété que «des activités traditionnelles, c'est-à-dire des activités... de pêche... se sont poursuivies». M. Deschênes, lui aussi anthropologue, a souligné que les coutumes autochtones en matière de pêche qui existent aujourd'hui tirent leurs origines d'une longue tradition qui a commencé avant le contact avec les Européens:

Tous les traits de base de la culture algonquine... relativement aux rapports avec les animaux, c'est des éléments que moi je considère venant d'une très longue tradition.

La raison pour laquelle je dis ça c'est que c'est partagé par un si grand nombre de groupes que ça doit faire partie d'un développement ancien. La façon, par exemple, de respecter les animaux, de faire des rituels, c'est partagé par tous les Algonquins et pour que ce soit si étendu, il faut donc que ça remonte à beaucoup de temps parce que c'est des concepts de base, c'est la façon dont les gens voient le monde et c'est des choses qui changent assez lentement.

Donc, dans l'évolution, ces phénomènes-là, on peut les considérer comme venant de la période précolombienne.

En conclusion, je suis convaincu que les appellants ont, suivant le critère établi dans *Van der Peet*, démontré l'existence d'un droit ancestral de pêcher dans les lacs et les rivières du territoire de la Z.E.C.

Extinction

La Cour doit maintenant se demander s'il y a eu extinction, avant 1982, du droit ancestral des Algonquins de pêcher dans la Z.E.C. Le procureur général intimé a toutefois décidé de ne pas présenter de preuve relativement à la question de l'extinction. Par conséquent, je considère que le droit ancestral des Algonquins en l'espèce est un droit ancestral «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Atteinte

Ayant conclu à la présence d'un droit ancestral «existant» de pêcher dans les lacs et les rivières de

turn to the question of whether the impugned federal and provincial regulations infringe this right in this instance. The Court must examine the effect of these distinct regulatory regimes separately. First, it must be answered whether s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* constituted an infringement of the appellant Côté's aboriginal right to fish for food within the Z.E.C. Second, it must be considered whether s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* restricted the appellants' aboriginal right to fish for food within the Z.E.C.

In *Sparrow*, the Court set out the applicable framework for identifying the infringement of an aboriginal right or treaty right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It should be noted that the test in *Sparrow* was originally elucidated in the context of a federal regulation which allegedly infringed an aboriginal right. The majority of recent cases which have subsequently invoked the *Sparrow* framework have similarly done so against the backdrop of a federal statute or regulation. See, e.g., *Gladstone*. But it is quite clear that the *Sparrow* test applies where a provincial law is alleged to have infringed an aboriginal or treaty right in a manner which cannot be justified: *Badger, supra*, at para. 85 (application of *Sparrow* test to provincial statute which violated a treaty right). The text and purpose of s. 35(1) do not distinguish between federal and provincial laws which restrict aboriginal or treaty rights, and they should both be subject to the same standard of constitutional scrutiny.

Speaking for the Court in *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. described the applicable test for infringement in these terms, at p. 1112:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does

la Z.E.C., j'aborde maintenant la question de savoir si les textes réglementaires fédéraux et provinciaux contestés portent atteinte à ce droit en l'espèce. Notre Cour doit examiner séparément l'effet de ces régimes réglementaires distincts. Premièrement, il faut déterminer si le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit ancestral de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Deuxièmement, il faut décider si l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* restreint le droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C.

Dans *Sparrow*, notre Cour a exposé le cadre d'analyse applicable pour déterminer s'il y a atteinte à un droit ancestral ou issu de traité visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de signaler que le critère établi dans cet arrêt l'a été dans le cadre d'une affaire concernant un règlement fédéral qui, affirmait-on, portait atteinte à un droit ancestral. La majorité des arrêts récents où le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* a été appliqué portaient également sur un texte législatif ou réglementaire fédéral. Voir, p. ex., *Gladstone*. Cependant, il est très clair que le critère formulé dans *Sparrow* s'applique lorsqu'on prétend qu'un texte législatif provincial porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité d'une manière qui ne peut être justifiée: *Badger*, précité, au par. 85 (application du critère établi dans *Sparrow* à une loi provinciale qui violait un droit issu de traité). Le texte et l'objet du par. 35(1) ne font pas de distinction entre les textes législatifs fédéraux et les textes législatifs provinciaux qui limitent des droits ancestraux ou issus de traités, et ces textes devraient être assujettis à la même norme d'examen constitutionnel.

S'exprimant au nom de la Cour dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décrit ainsi le critère applicable pour déterminer s'il y a atteinte à un droit, à la p. 1112:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le

the regulation deny to the holders of the right the preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

As recently noted in *Gladstone, supra*, at para. 43, this original formulation of the infringement test suggests an internal inconsistency, as it equated an analysis of *prima facie* infringement with an analysis of whether the infringement is unreasonable or "undue". But as I clarified in *Gladstone*:

This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place.

The guiding inquiry at the infringement stage remains whether the regulations at issue represent a *prima facie* interference with the appellants' aboriginal or treaty rights.

76

Applying the infringement test set out in *Sparrow* and *Gladstone* in this instance, I find that the *Quebec Fishery Regulations* infringe the appellant Côté's right to fish for food within the Z.E.C. The federal regulation stipulates that a person who seeks to fish within designated territories must hold a valid licence. In *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, Cory J. noted for a majority of this Court, at para. 102, that the existence of a licensing requirement will not necessarily constitute a *prima facie* infringement of an aboriginal right to fish in all cases. But for the reasons expressed in *Adams, supra*, I find that this particular licensing scheme infringes the rights of the appellants. In *Adams*, this Court finds that precisely the same provision, namely s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, infringes the ancestral fishing right of a Mohawk fishing in Lake St-Francis. The provision enacts a blanket prohibition on fishing in the absence of licence. Under ss. 5(3) and 5(9) of the Regulations, the Minister, at his or her discretion, may issue a special permit to an aboriginal person authorizing them to fish for their own subsistence. But the reg-

glement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

Comme je l'ai souligné récemment dans l'arrêt *Gladstone*, précité, au par. 43, cette première formulation du critère relatif à l'atteinte suggère une contradiction intrinsèque, car elle assimilait l'analyse de l'atteinte à première vue à l'analyse de la question de savoir si l'atteinte est déraisonnable ou «indue». Toutefois, j'ai apporté les précisions suivantes dans l'arrêt *Gladstone*:

Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise.

Le principe directeur qui s'applique à l'étape de l'atteinte demeure la question de savoir si les dispositions réglementaires en cause constituent une atteinte à première vue aux droits ancestraux ou issus de traité des appelants.

Appliquant à la présente affaire le critère relatif à l'atteinte établi dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, je conclus que le *Règlement de pêche du Québec* porte atteinte au droit de l'appellant Côté de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. Le règlement fédéral prévoit que les personnes qui désirent pêcher dans des territoires désignés doivent être titulaires d'un permis valide. Dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, le juge Cory a souligné, pour la majorité de notre Cour, au par. 102, que le fait d'exiger l'obtention d'un permis ne constituera pas nécessairement, dans tous les cas, une atteinte à première vue à un droit de pêche ancestral. Cependant, pour les motifs exposés dans l'arrêt *Adams*, précité, je conclus que le présent régime de délivrance de permis porte atteinte aux droits des appelants. Dans *Adams*, notre Cour a conclu que la même disposition, soit le par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, porte atteinte au droit de pêche ancestral d'un Mohawk qui avait pêché dans le lac Saint-François. Cette disposition interdit à quiconque de pêcher sans permis. En vertu des par. 5(3) et 5(9) du Règlement, le minis-

illations do not prescribe any criteria to guide or structure the exercise of this discretion. Such a regulatory scheme must, in the very least, structure the exercise of a discretionary power to ensure that the power is exercised in a manner consistent with the Crown's special fiduciary duties towards aboriginal peoples. Therefore, consistent with my conclusion in *Adams*, I find that s. 4(1) and the surrounding provisions of the *Quebec Fishery Regulations* impose undue hardship on the appellant Côté and interfere with his preferred mode of exercising his rights.

However, under the same test for infringement, I do not find that the *Regulation respecting controlled zones* infringes the right of the appellants to fish for food within the Z.E.C. Under the terms of the provincial regulation, an Algonquin person is at liberty to enter the Z.E.C. by foot without restriction and without fee. Similarly, an Algonquin is free to penetrate the Z.E.C. by a variety of other means of transportation, including such traditional aboriginal means as canoe and snowshoe, and such modern means as bicycle or snowmobile. Again, these forms of access do not entail any financial cost. The impugned application of s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* only arises when an Algonquin person seeks access to the Z.E.C. by means of motor vehicle. The Regulation does not create a blanket prohibition against access by motor vehicle, nor does it subject such access to an unstructured administrative discretion. But it does condition the exercise of an aboriginal right to fish on the payment of a fee. In short, the tenor of the appellants' argument is that the provincial zoning regulation infringes their ancestral rights as it imposes a financial burden on the exercise of their constitutional right under s. 35(1).

I accept the general proposition that a regulation may infringe an aboriginal or treaty right under the

tre peut, à sa discrétion, accorder à un autochtone un permis spécial l'autorisant à pêcher pour se nourrir. Toutefois, le règlement ne fixe aucun critère visant à guider ou à structurer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un tel régime réglementaire doit à tout le moins structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire, de façon à garantir que celui-ci sera appliqué d'une manière compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. Par conséquent, conformément à la conclusion que j'ai formulée dans *Adams*, je statue que le par. 4(1) et les dispositions connexes du *Règlement de pêche du Québec* sont indûment rigoureux envers l'appellant et l'empêchent d'avoir recours à son moyen préféré d'exercer ses droits.

Toutefois, appliquant le même critère relatif à l'atteinte, je ne conclus pas que le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* porte atteinte au droit des appelants de pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C. En vertu du règlement provincial, un Algonquin peut entrer à pied dans la Z.E.C., et ce sans aucune restriction et sans avoir à payer de droits d'entrée. De même, un Algonquin peut entrer dans la Z.E.C. en utilisant divers moyens de transport, notamment les moyens de transport autochtones traditionnels que sont le canot et les raquettes, ou des moyens de transport modernes comme la bicyclette ou la motoneige. Là encore, ces formes d'accès n'entraînent aucun coût. L'application contestée de l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne se pose que lorsqu'un Algonquin veut entrer dans la Z.E.C. à bord d'un véhicule automobile. Le Règlement n'interdit pas complètement l'accès en véhicule automobile et il ne subordonne pas non plus cet accès à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré. Il assujettit toutefois l'exercice du droit de pêche ancestral au paiement de droits d'entrée. Bref, l'argument des appelants est que le règlement de zonage provincial porte atteinte à leur droit ancestral, car il leur impose un fardeau financier dans l'exercice du droit constitutionnel que leur garantit le par. 35(1).

J'accepte l'argument général que, suivant le critère établi dans *Sparrow*, un texte réglementaire

Sparrow test by conditioning the exercise of such a right upon the payment of a user fee to the state. But in light of the surrounding circumstances of this case, I am persuaded that the financial burden in this instance does not amount to an infringement of the appellants' ancestral right to fish for food.

79

The fee in this instance, rather than constituting a revenue-generating tax for the provincial government or the Z.E.C. administration, represents a form of user fee dedicated to the upkeep of the facilities and roads of the Z.E.C. Claude Morin, director of the Z.E.C. at the relevant time, testified that all revenues collected from the motor vehicle access fees are directed towards the development and maintenance of the Z.E.C. For example, in 1984, revenues from vehicle entrance fees amounted to \$18 287, while road maintenance expenditures amounted to \$15 234 and buildings and road capital expenditures totalled \$11 855. Comparing the Z.E.C.'s combined sources of revenue with the Z.E.C.'s diverse expenses related to upkeep, the Z.E.C. was operating at a loss during the 1984 fiscal year. This particular Z.E.C. had been previously exploited by a forestry company, and its logging roads were left in a state of disrepair. According to Mr. Morin, the access fees actually facilitated access to the Z.E.C., as the collected funds were spent towards repairing and modernizing the transportation infrastructure of the Z.E.C.

80

As such, given the particular facts of this case, I find that s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones* does not constitute a *prima facie* infringement of the appellants' ancestral right to fish for food. Rather than representing a revenue-generating fee which arbitrarily burdens the exercise of an aboriginal right connected to land, the challenged fee represents a tailored user fee directed at the repair and improvement of the modern transportation network upon that tract of land. In my view, the access fee, by improving the

peut être considéré comme portant atteinte à un droit ancestral ou issu de traité du fait qu'il assujettit l'exercice d'un tel droit au paiement à l'État de droits d'utilisation. Toutefois, compte tenu des circonstances du présent pourvoi, je suis convaincu que le fardeau financier imposé en l'espèce ne constitue pas une atteinte au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires.

En l'espèce les droits d'entrée ne constituent pas une taxe génératrice de revenus pour le gouvernement provincial ou pour l'administration de la Z.E.C., mais plutôt une forme de droits d'utilisation dont le produit est consacré à l'entretien des installations et des routes de la Z.E.C. Claude Morin, qui était directeur de la Z.E.C. à l'époque pertinente, a témoigné que tous les revenus des droits d'entrée perçus à l'égard des véhicules automobiles servent à l'aménagement et à l'entretien de la Z.E.C. Par exemple, en 1984, les droits d'entrée perçus pour les véhicules automobiles se sont élevés à 18 287 \$, alors que les dépenses faites pour l'entretien des routes ont totalisé 15 234 \$, et que les dépenses en immobilisations pour les routes et les immeubles ont été de 11 855 \$. Si l'on compare l'ensemble des sources de revenus de la Z.E.C. avec les diverses dépenses faites pour son entretien, on constate que l'exploitation de la Z.E.C. a donné lieu à une perte pendant l'exercice 1984. Auparavant, la Z.E.C. avait été exploitée par une entreprise forestière et ses chemins étaient en mauvais état. Au dire de M. Morin, en réalité les droits d'entrée facilitent l'accès à la Z.E.C. puisque les sommes ainsi recueillies vont à la réparation et à la modernisation des infrastructures routières de la Z.E.C.

En conséquence, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, je conclus que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne constitue pas une atteinte à première vue au droit ancestral des appelants de pêcher à des fins alimentaires. Les droits d'entrée contestés ne constituent pas des droits qui génèrent des revenus et gênent arbitrairement l'exercice d'un droit ancestral se rattachant au territoire. Ils représentent plutôt des droits d'utilisation conçus pour permettre la gestion et l'amélioration du réseau routier moderne

means of transportation within the Z.E.C., effectively facilitates rather than restricts the constitutional rights of the appellants.

Justification

Following the demonstration of an infringement of an aboriginal or treaty right under s. 35(1), the framework of analysis under *Sparrow* turns to the question of justification. As noted by the Court in that decision at pp. 1113-14, the justification inquiry consists of two distinct stages:

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective?

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue.

At the first stage of justification, the court must be satisfied that the asserted legislative objective is "compelling and substantial". At the next stage, the court must examine whether the infringement unduly restricts the aboriginal right in question, and whether the restriction can be accommodated with the Crown's special fiduciary relationship with First Nations.

I conclude that the infringement of the appellant Côté's right to fish resulting from s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations* was not justified. In considering the identical regulatory scheme in *Adams*, I found that the Crown had failed to meet both legs of the test of justification. Since the scheme appeared to be driven by the desire to facilitate sport fishing, without any evidence of a meaningful economic dimension to that sport fishing, it could not be said to have been based on a compelling and substantial objective. Moreover,

de ce territoire. À mon avis, en permettant l'amélioration des voies de communication à l'intérieur de la Z.E.C., les droits ne restreignent pas les droits constitutionnels des appelants, mais dans les faits ils en facilitent plutôt l'exercice.

Justification

Une fois qu'il a été démontré qu'il y a atteinte à un droit ancestral ou issu de traité visé au par. 35(1), il faut, en vertu du cadre d'analyse établi dans *Sparrow*, examiner la question de la justification. Comme l'a signalé notre Cour dans cet arrêt aux pp. 1113 et 1114, l'analyse de la justification comporte deux étapes distinctes:

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification.

Au cours de la première étape de l'analyse de la justification, le tribunal doit être convaincu que l'objectif législatif invoqué est «impérieux et réel». Au cours de l'étape suivante, le tribunal doit se demander si l'atteinte restreint indûment le droit ancestral en cause et si cette restriction est conciliable avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l'État à l'égard des premières nations.

Je conclus que l'atteinte au droit de pêche de l'appelant Côté découlant du par. 4(1) du *Règlement de pêche du Québec* n'était pas justifiée. Après avoir examiné le même régime de réglementation dans *Adams*, j'ai conclu que le ministère public n'avait pas réussi à satisfaire les deux volets du critère relatif à la justification. Comme le régime semblait guidé par le désir de favoriser la pêche sportive, sans aucune preuve de l'importance de la dimension économique de cette activité en l'espèce il était impossible d'affirmer que le

since the scheme provided no priority to aboriginal rights to fish, it failed to satisfy the Crown's fiduciary duty toward the Algonquin people. The Crown has not adduced any new evidence in this appeal which persuades me to alter these conclusions.

83

Since I find no infringement of the appellants' constitutional rights by s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*, it is unnecessary for me to consider whether this provincial regulatory scheme meets the test of justification for s. 35(1). I note in passing though, that the compatibility of the access fee with the fishing rights of the appellants does not preclude the Quebec government from reducing or eliminating this fee. Section 35(1) only lays down the constitutional minimums that governments must meet in their relations with aboriginal peoples with respect to aboriginal and treaty rights. Subject to constitutional constraints, governments may choose to go beyond the standard set by s. 35(1).

B. Treaty Rights

84

Finally, it remains to be determined whether the appellants may alternatively succeed in challenging their convictions under the *Regulation respecting controlled zones* through their concurrent claim of a treaty right to fish for food. While the appellants have failed to demonstrate that the Regulation unjustifiably infringes their constitutional rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, I must still consider whether the provincial regulation has encroached on their treaty rights in contravention of the federal statutory protection accorded to treaty rights under s. 88 of the *Indian Act*.

régime reposait sur un objectif impérieux et réel. De plus, comme le régime n'établissait aucune priorité en faveur des droits de pêche ancestraux, il ne respectait pas les obligations de fiduciaire qu'assume l'État envers les Algonquins. Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a produit aucun élément de preuve nouveau qui me persuade de modifier ces conclusions.

Étant donné que je conclus que l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte aux droits garantis aux appelants par la Constitution, il n'est pas nécessaire d'examiner si ce régime provincial de réglementation satisfait au critère de justification applicable en ce qui concerne le par. 35(1). Toutefois, je souligne en passant que le fait que les droits d'entrée requis sont compatibles avec les droits de pêche des appelants n'empêche pas le gouvernement du Québec de réduire le montant de ces droits ou de les éliminer. Le paragraphe 35(1) n'établit que les normes constitutionnelles minimales que doivent respecter les gouvernements dans leurs rapports avec les peuples autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités. Sous réserve des limites imposées par la Constitution, il est loisible aux gouvernements d'aller au-delà des normes fixées par le par. 35(1).

B. Droits issus de traités

Enfin, il reste à déterminer si les appelants peuvent, subsidiairement, contester avec succès les déclarations de culpabilité prononcées contre eux en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* en revendiquant un droit issu de traité correspondant de pêcher à des fins alimentaires. Même si les appelants n'ont pas réussi à démontrer que le Règlement porte atteinte de manière injustifiée aux droits qui leur sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je dois néanmoins me demander si le règlement provincial porte atteinte à leur droit issu de traité, en violation de la protection de nature législative fédérale accordée à ces droits par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Section 88 reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act. [Emphasis added.]

Originally adopted in 1951, s. 88 has played a pivotal role in our modern federal system by coordinating the interaction of federal and provincial laws in relation to aboriginal peoples. As I understand the intent of the provision, s. 88 presently serves two distinct purposes. First, s. 88 serves an important jurisdictional purpose. Through the operation of the provision, provincial laws which would otherwise not apply to Indians under the federal and provincial division of powers are made applicable as incorporated federal law: *R. v. Dick*, [1985] 2 S.C.R. 309. Second, s. 88 accords federal statutory protection to aboriginal treaty rights. The application of such generally applicable provincial laws through federal incorporation is expressly made "[s]ubject to the terms of any treaty". Section 88 accords a special statutory protection to aboriginal treaty rights from contrary provincial law through the operation of the doctrine of federal paramountcy. See *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at pp. 114-15; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Sioui, supra*, at p. 1065; *Badger, supra*, at para. 69.

This second purpose, of course, has become of diminished importance as a result of the constitutional entrenchment of treaty rights in 1982. But I note that, on the face of s. 88, treaty rights appear to enjoy a broader protection from contrary provincial law under the *Indian Act* than under the *Constitution Act, 1982*. Once it has been demonstrated that a provincial law infringes "the terms of [a]

L'article 88 est libellé de la manière suivante:

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

Adopté en 1951, l'art. 88 a joué un rôle crucial dans notre régime fédéral moderne en coordonnant l'interaction des lois fédérales et provinciales en ce qui concerne les peuples autochtones. À mon avis, l'art. 88 vise deux objectifs distincts. Premièrement, l'art 88 sert un objectif important du point de vue du partage des compétences. En effet, sous le régime de cette disposition, des mesures législatives provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas aux Indiens, en raison du partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, leur deviennent applicables en tant que droit fédéral incorporé par renvoi: *R. c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309. Deuxièmement, l'art. 88 accorde une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones. Il est toutefois expressément prévu que l'application de telles lois provinciales d'application générale, par suite de leur incorporation au droit fédéral, se fait «[s]ous réserve des dispositions de quelque traité». Par application de la prépondérance fédérale, l'art. 88 accorde aux droits issus de traités des autochtones une protection spéciale de nature législative à l'encontre des mesures législatives provinciales incompatibles. Voir les arrêts *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, aux pp. 114 et 115; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Sioui*, précité, à la p. 1065; *Badger*, précité, au par. 69.

Ce deuxième objectif a évidemment perdu de son importance par suite de la constitutionnalisation des droits issus de traités en 1982. Je souligne toutefois que, selon le texte de l'art. 88, la *Loi sur les Indiens* semble accorder aux droits issus de traités une protection plus large contre les mesures législatives provinciales incompatibles que ne le fait la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, une

treaty", the treaty would arguably prevail under s. 88 even in the presence of a well-grounded justification. The statutory provision does not expressly incorporate a justification requirement analogous to the justification stage included in the *Sparrow* framework. But the precise boundaries of the protection of s. 88 remains a topic for future consideration. I know of no case which has authoritatively discounted the potential existence of an implicit justification stage under s. 88. In the near future, Parliament will no doubt feel compelled to re-examine the existence and scope of this statutory protection in light of these uncertainties and in light of the parallel constitutionalization of treaty rights under s. 35(1).

fois qu'il a été démontré qu'une mesure législative provinciale porte atteinte aux «dispositions [d'un] traité», il est possible de soutenir que ces dispositions l'emporteraient par suite de l'application de l'art. 88, même en présence d'une justification fondée. Cette disposition législative ne comporte pas expressément une obligation de justification analogue à celle prévue par le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*. Les limites précises de la protection conférée par l'art. 88 seront examinées à une autre occasion. Je ne connais pas de décision faisant autorité qui aurait écarté l'existence possible d'une étape implicite de justification dans l'application de l'art. 88. Dans un avenir rapproché, le Parlement ressentira sans aucun doute l'obligation de réexaminer l'existence et la portée de cette protection de nature législative, à la lumière des incertitudes évoquées précédemment et de la constitutionnalisation correspondante des droits issus de traités aux termes du par. 35(1).

88

In this instance, however, I find that the protection of s. 88 is not engaged. In his thorough review of the historical evidence contained within the record, Baudouin J.A. of the Court of Appeal was satisfied that the appellants benefitted from a treaty right to fish for food within the Z.E.C. according to the terms of a treaty solemnized between the Algonquins and the British at Swegatchy in 1760. Assuming without deciding the existence of such a treaty right, I am satisfied that the impugned provincial regulation does not restrict or infringe this treaty right. For the reasons which animated my previous finding that the *Regulation respecting controlled zones* does not infringe the aboriginal rights of the appellants, I find that the Regulation does not infringe or restrict the asserted right of the appellants to fish under the terms of the Swegatchy treaty. The Regulation only imposes a modest financial burden on the exercise of this alleged treaty right where access is sought by motor vehicle, and under the circumstances, the access fee actually facilitates rather than restricts the exercise of this right. Accordingly, although the Regulation is subject to the terms of the alleged treaty, the Regulation is not inconsistent with the treaty and remains operative in relation to the activities of the appellants. It is therefore unnecessary to further

Toutefois, en l'espèce, j'estime que la protection de l'art. 88 ne s'applique pas. L'analyse approfondie de la preuve historique figurant au dossier qu'a faite le juge Baudouin de la Cour d'appel l'a convaincu que les appelants possédaient un droit issu de traité les autorisant à pêcher à des fins alimentaires dans la Z.E.C., suivant les termes d'un traité solennisé par les Algonquins et les Britanniques à Swegatchy, en 1760. À supposer, sans toutefois trancher la question, qu'un tel droit issu de traité existe, je suis convaincu que le règlement provincial contesté n'a pas pour effet de restreindre ce droit ou d'y porter atteinte. Pour les motifs qui m'ont amené à conclure précédemment que le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* ne porte pas atteinte aux droits ancestraux des appelants, je conclus que le Règlement n'a pas pour effet de restreindre le droit de pêche revendiqué par les appelants en vertu du traité de Swegatchy ou d'y porter atteinte. Le Règlement ne fait qu'assujettir l'exercice de ce droit issu de traité à une modeste obligation financière, lorsque l'intéressé souhaite accéder au territoire en véhicule automobile, et, dans les circonstances, ces droits d'entrée ont en réalité non pas pour effet de restreindre ce droit mais plutôt d'en faciliter l'exercice. En conséquence, même si l'application du

consider the scope of protection of s. 88, particularly in relation to whether the provision incorporates a justification defence similar to that outlined in *Sparrow*.

C. Amendment of Informations and Constitutional Questions

As indicated previously, the appellants were incorrectly charged and convicted under s. 5 of the *Regulation respecting controlled zones*. Although neither party objected to this error, nor moved to amend it in the proceedings below, both parties were in agreement before this Court that the charges should have been properly laid under s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. Similarly, both parties agree and accept that the first stated constitutional question should address the enforceability of s. 5.1 of the Regulation as against the appellants.

This Court must therefore consider whether it can and should amend the convictions and constitutional questions *proprio motu* at this late stage of the proceedings. In criminal proceedings under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a court enjoys a broad authority to amend a defective indictment. See s. 601. The prosecution of these particular regulatory offences was undertaken under the *Summary Convictions Act* as it existed at the time. The Act contemplates a similarly broad power to amend a defective information. As the relevant parts of the Act read:

66. (1) No objection shall be allowed to any information, complaint, summons or warrant for any defect therein, in substance or in form, or for any variance between such information, complaint, summons or warrant and the evidence adduced on the part of the inform-

Règlement est subordonnée aux termes du traité invoqué, le Règlement n'est pas incompatible avec ce traité et il continue de s'appliquer aux activités des appelants. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus en détail la portée de la protection de l'art. 88, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si cette disposition incorpore une défense de justification analogue à celle exposée dans *Sparrow*.

C. Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles

Comme il a été indiqué précédemment, les appelants ont été incorrectement accusés et déclarés coupables en vertu de l'art. 5 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Même si aucune des parties n'a soulevé d'objection fondée sur cette erreur ou demandé la correction de celle-ci devant les juridictions inférieures, les deux parties ont convenu devant notre Cour que les accusations auraient plutôt dû être portées en vertu de l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. De même, les deux parties conviennent et admettent que la première question constitutionnelle qui a été formulée devrait porter sur l'applicabilité de l'art. 5.1 du Règlement aux appelants.

Notre Cour doit donc se demander si elle peut et si elle devait modifier de son propre chef les déclarations de culpabilité et les questions constitutionnelles à ce stade avancé des procédures. Dans des procédures criminelles fondées sur le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, les tribunaux possèdent un vaste pouvoir leur permettant de modifier un acte d'accusation défectueux. Voir l'art. 601. Les poursuites à l'égard des infractions à la réglementation en cause ont été engagées en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires* en vigueur à l'époque. Cette loi prévoyait elle aussi un large pouvoir de modification des dénonciations défectueuses. Les dispositions pertinentes de la Loi étaient ainsi rédigées:

66. 1. Nulle objection n'est reçue contre une dénonciation, plainte, assignation ou mandat, pour irrégularité au fond ou à la forme, ou divergence entre la dénonciation, plainte, assignation ou mandat et la preuve à charge faite lors de l'instruction de la dénonciation ou plainte, ni à

ant or complainant, or for any variance between such information or complaint and the summons or warrant at the hearing upon such information or complaint.

82. No judgment shall be given in favour of the appellant, if the appeal is based on an objection to any information, complaint or summons, or to any warrant to apprehend a defendant, issued upon any such information, complaint or summons, for any defect therein, in substance or in form, or for any variance between such information, complaint, summons or warrant and the evidence adduced in support thereof at the hearing of such information or complaint, unless it be proved before the court hearing the appeal that such objection was made before the justice of the peace who tried the case and by whom such conviction or judgment was pronounced or decision given, nor unless it be proved that notwithstanding it was shown to such justice that by such variance the person summoned and appearing or apprehended had been deceived or misled, such justice refused to adjourn the hearing of the case to some further day, as in this act provided.

101. No conviction or order which has been affirmed, with or without modification in appeal, shall be thereafter quashed for want of form, or be removed into the Superior Court according to articles 846 to 850 of the Code of Civil Procedure; and no warrant or commitment shall be held void by reason of any defect therein, provided it is therein alleged that the defendant has been convicted, and there is a good and valid conviction to sustain the same.

Section 48 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, further vests this Court with a broad authority to amend proceedings on its own initiative.

48. (1) At any time during the pendency of an appeal before the Court, the Court may, on the application of any of the parties, or without any such application, make all such amendments as are necessary for the purpose of determining the appeal or the real question or controversy between the parties as disclosed by the pleadings, evidence or proceedings.

(2) An amendment referred to in subsection (1) may be made, whether the necessity for it is or is not occasioned by the defect, error, act, default or neglect of the party applying to amend.

cause de divergence entre la dénonciation ou la plainte et l'assignation ou le mandat.

82. Nul jugement ne peut être rendu en faveur de l'appelant, si l'appel est basé sur une objection à une dénonciation, plainte ou sommation, ou à un mandat d'arrestation contre un défendeur, décerné à la suite de cette dénonciation, plainte ou sommation, pour un défaut au fond ou à la forme, ou pour une divergence entre cette dénonciation, plainte, sommation ou mandat et la preuve apportée à l'appui lors de l'audition de cette dénonciation ou plainte, à moins qu'il ne soit prouvé devant la cour qui entend l'appel, que cette objection a été faite devant le juge de paix qui a jugé la cause et qui a prononcé la condamnation ou la sentence ou rendu la décision, ni à moins qu'il ne soit prouvé que, nonobstant qu'il eût été démontré au juge de paix que la personne assignée et comparaisant, ou arrêtée, avait été trompée ou induite en erreur par cette divergence, le juge de paix a refusé d'ajourner l'audition de la cause à un jour ultérieur, suivant les prescriptions de la présente loi.

101. Nulle condamnation et nul ordre qui a été maintenu avec ou sans modification en appel, ne peuvent ensuite être infirmés pour vice de forme, ni être évoqués à une Cour supérieure conformément aux articles 846 à 850 du Code de procédure civile; et nul mandat d'emprisonnement n'est réputé nul pour cause de défectuosité, pourvu qu'il y soit allégué que le défendeur a été condamné, et qu'il y ait une bonne et valable condamnation à l'appui.

L'article 48 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, confère en outre à notre Cour un large pouvoir de procéder, de sa propre initiative, aux amendements nécessaires.

48. (1) À tout stade de l'appel porté devant elle, la Cour peut, même en l'absence de demande en ce sens par l'une des parties, procéder aux amendements nécessaires afin de lui permettre de se prononcer sur l'appel ou sur la véritable question ou contestation qui ressort des actes de procédure, de la preuve ou de l'ensemble des débats.

(2) L'amendement visé au paragraphe (1) peut être motivé ou non par la défaillance, l'erreur, l'action, le manquement ou la négligence de la partie qui le demande.

In considering whether to amend a defective information or indictment, a court must concern itself with the impact of the proposed amendment upon the accused. The applicable standard under s. 601 of the *Code* is whether the accused would suffer "irreparable prejudice" as a result of the amended charge: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *Morozuk v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 31. In those *Criminal Code* cases where there was no evidence that the accused was misled or irreparably prejudiced by the variance between the indictment and the evidence, the Court amended the indictment and dismissed the appeal.

The applicable standard for amendment is the same under the *Summary Convictions Act*. Where a charge is reparable, you repair. To the extent that the evidence conforms with the correct charge and the appellants have not been misled or irreparably prejudiced by the variance between the evidence and the informations, the defect can and should be remedied. There is no evidence here, or even a mere suggestion, that the appellants have been prejudiced or misled by the reference to s. 5 in the informations. The appellants admit the constituent elements of the offences under s. 5.1. They made no motion to quash the defective informations at any stage. Both parties have acted throughout these proceedings as if the charge properly referred to s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*. Finally, and dispositively, the appellants agreed to the proposed solution, having no objection to the amendment of the appellants' charges and to the correction of the constitutional questions before this Court.

Accordingly, this Court amends the informations to stipulate that the appellants were charged under s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled*

Le tribunal qui est appelé à décider s'il y a lieu de modifier une dénonciation ou un acte d'accusation défectueux doit tenir compte des répercussions pour l'accusé de la modification proposée. La norme applicable en ce qui concerne l'art. 601 du *Code* est la question de savoir si l'accusé subirait un «préjudice irréparable» par suite de la modification de l'acte d'accusation: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *Morozuk c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 31. Dans ces affaires, qui étaient fondées sur le *Code criminel* et où rien dans la preuve n'indiquait que l'accusé avait été induit en erreur ou avait subi un préjudice irréparable en raison d'une divergence entre l'acte d'accusation et la preuve, notre Cour a modifié l'acte d'accusation et rejeté le pourvoi.

La norme applicable en matière de modification est la même dans les affaires fondées sur la *Loi sur les poursuites sommaires*. Lorsqu'une accusation peut être corrigée, on corrige. Dans la mesure où la preuve est conforme à la bonne accusation et où les appelants n'ont pas été induits en erreur ou n'ont pas subi de préjudice irréparable en raison d'une divergence entre la preuve et les dénonciations, la défectuosité peut et doit être corrigée. En l'espèce, il n'y a rien dans la preuve qui indique ni même qui tende à indiquer que les appelants ont subi un préjudice ou qu'ils ont été induits en erreur par suite de la mention de l'art. 5 dans les dénonciations. Les appelants admettent les éléments constitutifs des infractions prévues à l'art. 5.1. À aucune étape des procédures, ils n'ont présenté de requête visant à faire annuler les dénonciations défectueuses. Tout au long des procédures, les deux parties ont agi comme si l'acte d'accusation faisait correctement état de l'art. 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Enfin, élément décisif, les appelants ont accepté la solution proposée, n'ayant aucune objection à ce que les accusations portées contre eux soient modifiées et que les questions constitutionnelles soumises à notre Cour soient corrigées en conséquence.

Par conséquent, notre Cour modifie les dénonciations pour qu'elles indiquent que les appelants ont été accusés en vertu de l'art. 5.1 du *Règlement*

zones, vacates the convictions under s. 5, and enters convictions under s. 5.1. The first stated constitutional question is similarly amended to refer to s. 5.1.

VI. Disposition

⁹⁴ For these reasons, the appeal of the appellant Côté's conviction under the *Quebec Fishery Regulations* is allowed and an acquittal is entered. The appeal of the appellants' respective convictions under the *Regulation respecting controlled zones* is dismissed. Since we find that it is unnecessary to address the existence of a treaty right in this instance in view of our other holdings, we dismiss the respondent's cross-appeal against the Court of Appeal's finding of a treaty right.

⁹⁵ The constitutional questions, as subsequently amended, are answered as follows:

Question 1: Is s. 5.1 of the *Regulation respecting controlled zones*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellants, in the circumstances of the present case, on their ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 88 of the *Indian Act* and/or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, or by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples invoked by the appellants?

Answer: No.

Question 2: Is s. 4(1) of the *Quebec Fishery Regulations*, as it read at the time of the offences charged, unenforceable against the appellant Franck Côté, in the circumstances of the present case, on his ancestral hunting and fishing lands, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights of the aboriginal peoples or the rights under a treaty allegedly concluded at Swegatchy, in August 1760, within the meaning

sur les zones d'exploitation contrôlée, elle annule les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'art. 5 et elle inscrit des déclarations de culpabilité fondées sur l'art. 5.1. La première question constitutionnelle est modifiée pour y faire état de l'art. 5.1.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi formé par l'appellant Côté contre la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit en vertu du *Règlement de pêche du Québec* est accueilli et un acquittement est inscrit. Le pourvoi formé par les appelants contre leur déclaration de culpabilité respective en vertu du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée* est rejeté. Comme nous estimons qu'il n'est pas nécessaire, vu nos autres conclusions, d'examiner s'il existe un droit issu de traité en l'espèce, nous rejetons le pourvoi incident formé par l'intimé contre la conclusion de la Cour d'appel qu'un tel droit existe.

Les réponses aux questions constitutionnelles modifiées sont les suivantes:

Question 1: L'article 5.1 du *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard des appelants, dans les circonstances de l'espèce, sur leur territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et/ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits issus d'un traité, qui aurait été conclu à Swegatchy, en août 1760, ou en raison des droits ancestraux des peuples autochtones que les appelants ont invoqués?

Réponse: Non.

Question 2: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche du Québec*, tel qu'il se lisait à l'époque des infractions reprochées, est-il inopérant à l'égard de l'appellant Franck Côté, dans les circonstances de l'espèce, sur son territoire ancestral de chasse et de pêche, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux des peuples autochtones ou des droits issus d'un traité qui aurait été conclu à Swegatchy, en août

of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice, and while I agree with his conclusion and much of what he says, I am concerned about the possible reach of some parts of his reasons and I, therefore, find it advisable to succinctly set forth my own views.

As in the companion case of *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, the issue in the present case is whether the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose can be recognized as an aboriginal right even though the Indians have no general right of occupation (often referred to as the "Indian title") of the affected land. As in *Adams*, I agree that this type of servitude (to use a generic term) should be recognized where the Indians exercise the right as an aspect of their particular way of life in pre-contact times. I think that was sufficiently established here. The fact that Quebec once fell under the French regime does not affect the matter in the present case. It was not established — and certainly not in clear and plain terms — that this aboriginal right was extinguished either during the French regime or later. The right claimed is, therefore, an "existing right" under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree with the Chief Justice for the reasons he gives that this right was infringed by the *Quebec Fishery Regulations* but not by the *Regulation respecting controlled zones*. I also agree with what he has to say under the headings "Treaty Rights" and "Amendment of Informations and Constitutional Questions". It follows, therefore, that I would dispose of the case in the manner proposed by him.

1760, au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'appelant a invoqués?

Réponse: Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai pris connaissance⁹⁶ des motifs du Juge en chef et, même si je souscris à sa conclusion et à la plupart de ses motifs, je suis préoccupé par la portée que pourraient avoir certaines parties de ceux-ci. En conséquence, j'estime opportun d'exposer succinctement mes propres vues.

Tout comme dans l'arrêt connexe *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, rendu en même temps, la question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'utilisation traditionnelle — remontant avant l'arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière, peut être reconnue comme un droit ancestral, même si ces Indiens ne possèdent pas de droit général d'occupation (souvent appelé «titre indien») du territoire visé. Comme dans *Adams*, je suis d'accord que ce type de servitude (pour utiliser un terme générique) devrait être reconnu dans les cas où les Indiens exercent le droit en cause en tant qu'aspect du mode de vie qu'ils avaient avant le contact avec les Européens. Le fait que le Québec ait déjà été sous régime français n'a pas d'incidence sur la question. Il n'a pas été établi — et certainement pas en termes clairs et exprès — que ce droit ancestral a été éteint durant le régime français ou après. Le droit revendiqué est donc un droit «existant» au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis d'accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il donne à cet égard, que ce droit a été violé par le *Règlement de pêche du Québec*, mais non par le *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*. Je souscris également aux propos qu'il formule aux sections intitulées «Droits issus de traités» et «Modification des dénonciations et des questions constitutionnelles». En conséquence, je suis d'avis de trancher le présent pourvoi de la manière qu'il propose.

The following are the reasons delivered by

⁹⁸ L'HEUREUX-DUBÉ J. — Subject to my remarks in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, I agree with the Chief Justice's analysis and would dispose of the appeal as he suggests.

Appeal allowed with respect to the conviction under the Quebec Fishery Regulations but dismissed with respect to the convictions under the Regulation respecting controlled zones.

Solicitor for the appellants: Agnès Laporte, Hull.

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

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

Solicitors for the intervener Atikamekw-Sipi/Council of the Atikamekw Nation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montreal.

Solicitor for the intervener Chief Robert Whiteduck, on behalf of the Algonquins of Golden Lake First Nation and on behalf of others: Alan Pratt, Dunrobin.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Sous réserve des remarques que j'ai formulées dans l'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, je souscris à l'analyse du Juge en chef et je trancherais le pourvoi de la manière qu'il propose.

Pourvoi accueilli en ce qui concerne la déclaration de culpabilité fondée sur le Règlement de pêche du Québec, mais rejeté en ce qui concerne celles prononcées en vertu du Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée.

Procureur des appelants: Agnès Laporte, Hull.

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

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

Procureurs de l'intervenant Atikamekw-Sipi/Conseil de la Nation atikamekw: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant le chef Robert Whiteduck, au nom de la Première nation des Algonquins de Golden Lake et au nom d'autres personnes: Alan Pratt, Dunrobin.