

Donald Gladstone and William Gladstone *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. V. GLADSTONE

File No.: 23801.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if "interested" in buying — Regulations requiring specific licence for harvesting and sale of fish product — Natives not having proper licence to sell fish product — Evidence indicating large scale trade in fish product prior to contact with Europeans — Whether an aboriginal right to harvest and trade in fish product — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, s. (3).

Donald Gladstone et William Gladstone *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. GLADSTONE

N° du greffe: 23801.

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

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

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Règlement exigeant un permis particulier pour la récolte et la vente du produit du poisson — Autochtones n'ayant pas le permis requis pour vendre le produit du poisson — Éléments de preuve indiquant que des échanges du produit du poisson avaient lieu sur une grande échelle avant le contact avec les Européens — Existe-t-il un droit ancestral de récolter et de vendre le produit du poisson? — Le droit ancestral est-il éteint? — Le règlement porte-t-il atteinte à un droit ancestral? — Une telle atteinte serait-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. (3).

Commercial law — Attempt to sell — Natives approaching buyer with sample of fish product to determine if "interested" in buying — Whether conduct amounting to attempt to sell.

The accused were charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with attempting to sell herring spawn on kelp caught without the proper licence contrary to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. They had shipped a large quantity to the Vancouver area and approached a fish dealer with a sample to see if he was "interested". One of the accused, on arrest, produced an Indian food fish licence permitting him to harvest 500 pounds. The Supreme Court of British Columbia and the Court of Appeal upheld the convictions. The constitutional question before this Court questioned whether s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* was of no force or effect in the circumstances, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Also raised was the sufficiency of their actions to constitute an attempt to sell in law.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed.

Whether an Attempt to Sell

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: The accused attempted to sell herring spawn on kelp. Shipping it to the Vancouver area, taking a sample to the fish merchant and specifically asking him if he was "interested" had sufficient proximity to the acts necessary to complete the offence of selling herring spawn on kelp to move those actions beyond mere preparation to an actual attempt.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: To be recognized as an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming that right. The first step is the determination of the precise nature of the claim

Droit commercial — Tentative de vente — Autochtones ayant offert à un acheteur un échantillon de produit du poisson pour savoir s'il était «intéressé» à s'en procurer — Ce comportement équivaut-il à une tentative de vente?

Les appelants ont été accusés, aux termes du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech qui avait été récoltée sans le permis approprié, contrairement au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Ils en avaient expédié une grande quantité dans la région de Vancouver et en avaient offert un échantillon à un marchand de poisson pour voir s'il était «intéressé» à s'en procurer. Au moment de son arrestation, l'un des accusés a exhibé un permis de pêche de subsistance des Indiens l'autorisant à récolter 500 livres de rogue de hareng sur varech. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de cette province ont maintenu les déclarations de culpabilité. La question constitutionnelle dont notre Cour a été saisie était de savoir si le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* était inopérant dans les circonstances, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison de l'existence de droits ancestraux au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils ont en outre soutenu que leurs actes étaient insuffisants pour constituer, en droit, une tentative de vente.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Y a-t-il eu tentative de vente?

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major Les accusés ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech. Le fait d'avoir expédié le produit dans la région de Vancouver, le fait d'en avoir apporté un échantillon au marchand de poisson et le fait de lui avoir expressément demandé s'il était «intéressé» à s'en procurer étaient des faits suffisamment proches des actes requis pour qu'il y ait perpétration de l'infraction de vente de rogue de hareng sur varech, de sorte qu'ils dépassaient la simple préparation et constituaient une tentative véritable.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. La première étape consiste à

being made, taking into account such factors as the nature of the action allegedly taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation allegedly infringing the right, and the practice, custom or tradition allegedly establishing the right.

The regulations under which the accused were charged prohibited all sale or trade in herring spawn on kelp without a particular licence. The exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was to an extent a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk prior to contact and best characterized as commercial. This exchange and trade was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact.

To merit constitutional protection, a practice, custom or tradition which is integral to the aboriginal community must be shown to have continuity with the practices, customs or traditions which existed prior to contact. The evidence satisfied this requirement. The commercial trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact and was not incidental to social or ceremonial activities. An aboriginal right to trade herring spawn on kelp on a commercial basis was established.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted.

The "frozen right" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of "integral part of distinctive aboriginal culture" and should "permit the evolution of aboriginal rights over time". Case law on treaty and aboriginal rights relating to trade

déterminer la nature précise de la revendication des appelants, compte tenu de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui violerait ce droit, et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit revendiqué.

Le règlement en vertu duquel les accusés ont été poursuivis interdit complètement la vente ou l'échange de rogue de hareng sur varech sans un permis particulier. L'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était, dans une certaine mesure, une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens, et qu'il convient de qualifier de commerciale. Ces échanges faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens.

Pour qu'elle soit protégée sur le plan constitutionnel, il faut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone marque une continuité avec des coutumes, pratiques ou traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. La preuve satisfait à cette exigence. Les échanges commerciaux de rogue de hareng sur varech faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens et n'étaient pas une activité accessoire des activités sociales et rituelles de la collectivité. L'existence d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale a été établie.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté *vis-à-vis* des peuples autochtones. Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.

Il n'y avait pas lieu d'adopter la méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» et devrait «permettre à ces droits d'évoluer avec le temps». La juris-

supports the making of a distinction between the sale, trade and barter of fish for, on the one hand, livelihood, support and sustenance purposes and for, on the other, purely commercial purposes. The delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

The aboriginal right at issue falls on the part of the spectrum relating to the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, not on the part dealing with livelihood, support and sustenance purposes. The legislative provision under constitutional challenge was aimed at both commercial and non-commercial sale, trade and barter of herring spawn on kelp. The sale, trade and barter of fish for commercial purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Heiltsuk for a substantial continuous period of time to have formed an integral part of their culture. Consequently, the criteria regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* are met in this case.

Per McLachlin J.: Evidence of an established trading network was clear in this case. The Heiltsuk derived their sustenance from trade derived from herring spawn on kelp; they relied on trade to supply them with the necessities of life, principally other food products. An aboriginal right therefore existed.

Per La Forest J. (dissenting): The trial judge's findings of fact are to the effect that the Heiltsuk had been engaged in the bartering and trading of herring spawn on kelp prior to contact and that these activities, at times, involved very large quantities of fish. These activities had special significance to the Heiltsuk in that the Heiltsuk engaged in such trading activities on the basis that they valued sharing resources with other bands who did not have access to that resource. That special significance made bartering and trading in herring spawn on kelp a part of their distinctive culture. Therefore, the Heiltsuk did have an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain degree. Without that special significance to the Heiltsuk, it cannot be said, based on the trial judge's findings of fact, that such activity constitutes an integral part of their distinctive culture and thus any trading and bartering not done in that context cannot in any way be said to form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk society. The appellants' activities, which, the trial judge found, were done in a completely different

prudence sur les droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges appuie l'établissement d'une distinction entre, d'une part, la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales. Les droits ancestraux doivent être considérés comme formant les divers éléments d'un spectre.

Le droit ancestral en cause correspond à la partie du spectre qui concerne la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, plutôt qu'à celle touchant les activités exercées à des fins de subsistance. La disposition législative faisant l'objet de la présente contestation constitutionnelle visait la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales et non commerciales. Les activités de vente et d'échange de poisson à des fins commerciales ont été suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Heiltsuk pendant une période considérable et ininterrompue pour avoir fait partie intégrante de leur culture. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

Le juge McLachlin: En l'espèce, la preuve a démontré clairement l'existence d'un réseau d'échanges établi. Les Heiltsuk tiraient leur subsistance d'échanges fondés sur l'exploitation de la rogue de hareng sur varech. Ils comptaient sur ces échanges pour se procurer les biens nécessaires à la vie, principalement d'autres produits alimentaires. Il existait donc un droit ancestral.

Le juge La Forest (dissent): Les conclusions de fait du juge du procès indiquent que les Heiltsuk échangeaient de la rogue de hareng sur varech déjà avant le contact avec les Européens et que ces activités portaient parfois sur de très importantes quantités de poisson. Ces activités avaient une importance spéciale pour les Heiltsuk en ce sens qu'ils pratiquaient ce genre d'activités d'échange parce qu'il était important pour eux de partager des ressources avec d'autres bandes n'ayant pas accès à celles-ci. Cette importance spéciale faisait des échanges de rogue de hareng sur varech une partie de la culture distinctive de la bande. Par conséquent, les Heiltsuk possédaient, dans une certaine mesure, un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech. En dehors de ce contexte, on ne peut pas dire, en se fondant sur les conclusions de fait du juge du procès, que ces activités font partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk et, en conséquence, il est impossible d'affirmer que les échanges qui ne sont pas effectués dans ce contexte font partie intégrante de la culture distinctive de la société heiltsuk. Les activités des appe-

context, accordingly did not form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk and the aboriginal rights of the Heiltsuk were therefore not infringed.

Extinguishment

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The intention to extinguish an aboriginal right must be clear and plain. The varying regulatory schemes affecting the herring spawn on kelp harvest did not express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal right. The regulations may have failed to recognize the aboriginal right and to give it special protection but they never prohibited aboriginal people from obtaining licences to fish commercially. More importantly, the government has, at various times, given preferences to aboriginal commercial fishing. Finally, the Regulation relied upon in arguing for extinguishment was of an entirely different nature than the document relied on for a finding of extinguishment in *R. v. Horseman*.

Per L'Heureux-Dubé J.: As regards the issues of extinguishment and *prima facie* infringement, the reasons and conclusions of Lamer C.J. were agreed with for the most part. The Heiltsuk's aboriginal right to sale, trade and barter herring spawn on kelp for commercial purposes has not been extinguished by a "clear and plain intention" of the Sovereign. The approach where the aboriginal right is considered extinguished when it and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist is irreconcilable with the "clear and plain intention" test favoured in Canada. The legislation was not sufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. It merely regulates aboriginal activities and does not amount to extinguishment.

Per McLachlin J.: Order in Council P.C. 2539 did not extinguish the aboriginal right of the Heiltsuk people to use herring spawn on kelp as a source of sustenance. It did not manifest the necessary "clear and plain" intention. Their most likely purpose was to conserve. A measure aimed at conservation of a resource is not inconsistent with a recognition of an aboriginal right to make use of that resource. Indeed, there was no evidence that

lants, qui, selon le juge du procès, ont été accomplies dans un contexte complètement différent, ne faisaient pas partie intégrante, par conséquent, de la culture distinctive des Heiltsuk et il n'y a donc pas eu atteinte aux droits ancestraux des Heiltsuk.

Extinction

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'intention d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse. Les régimes de réglementation changeants qui régissaient la récolte de la rogue de hareng sur varech n'exprimaient pas une intention claire et expresse d'abolir les droits ancestraux. Le règlement n'a peut-être pas reconnu à ce droit la qualité de droit ancestral et ne lui a peut-être pas accordé une protection spéciale, mais il n'a jamais interdit aux peuples autochtones d'obtenir des permis de pêche commerciale. Fait encore plus important, le gouvernement a, à divers moments, pris des mesures préférentielles en faveur de la pêche commerciale autochtone. Enfin, la nature du règlement invoqué à l'appui de l'extinction du droit est tout à fait différente de celle du document invoqué pour conclure à l'extinction dans les arrêts *R. c. Horseman*.

Le juge L'Heureux-Dubé: En ce qui concerne les questions de l'extinction et de l'atteinte *prima facie*, les motifs et les conclusions du juge en chef Lamer sont acceptés pour l'essentiel. Le droit ancestral des Heiltsuk de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech à des fins commerciales n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une «intention claire et expresse» du Souverain. La position selon laquelle le droit ancestral est considéré comme éteint dans les cas où il ne peut pas coexister avec les activités visées par les mesures législatives est inconciliable avec le test de «l'intention claire et expresse» privilégié au Canada. Les mesures législatives étaient insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. Elles ne font que réglementer les activités autochtones et n'entraînent pas l'extinction du droit de les exercer.

Le juge McLachlin: Le décret C.P. 2539 n'a pas éteint le droit ancestral des Heiltsuk d'utiliser la rogue de hareng sur varech comme moyen de subsistance. Il n'exprimait pas l'intention «claire et expresse» requise. L'objet le plus vraisemblable de ces mesures de réglementation était d'assurer la conservation du fretin de ce poisson. Une mesure ayant pour but la conservation d'une ressource n'est pas incompatible avec la recon-

the measure was intended to relate to the aboriginal right at all.

Per La Forest J. (dissenting): The *Sparrow* decision only stands for the proposition that the Crown had not expressed a clear and plain intention to extinguish aboriginal rights regarding fishing for food, including social and ceremonial purposes. Order-in-Council P.C. 2539, which put in place restrictions on the native exploitation of this fishery, evinced a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia — should they ever have existed. The Crown specifically chose to translate aboriginal practices into statutory rights and expressly decided to limit the scope of these rights. Aboriginal rights relating to practices that were specifically excluded were thereby extinguished.

Prima Facie Infringement

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The *Sparrow* test for determining whether the government has infringed aboriginal rights involves (1) asking whether the legislation has the effect of interfering with an existing aboriginal right and (2) determining whether the limitation (i) was unreasonable, (ii) imposed undue hardship, (iii) denied the right holders their preferred means of exercising that right. The test is partly determined by the factual context; in this case, the test must be applied not simply to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* but also to the other aspects of the regulatory scheme. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

The government's scheme for regulating the herring spawn on kelp fishery can be divided into four constituent parts: (1) the government determines the amount of the herring stock that will be harvested in a given year, (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and (4) the government allots the commercial herring spawn on

naissance d'un droit ancestral d'utiliser cette ressource. De fait, il n'y a eu aucune preuve que ces mesures visaient d'aucune façon le droit ancestral.

Le juge La Forest (dissident): L'arrêt *Sparrow* permet seulement d'affirmer que l'État n'avait pas exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux en ce qui concerne la pêche pratiquée à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles. Le décret C.P. 2539, qui a mis en place des restrictions à l'exploitation de cette pêche par les autochtones, indiquait une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale en Colombie-Britannique — si ces droits ont jamais existé. L'État a spécifiquement choisi de convertir des pratiques autochtones en droits prévus par la loi et a expressément décidé de limiter la portée de ces droits. Les droits ancestraux touchant des pratiques qui ont été spécifiquement exclues ont, de ce fait, été éteints.

Atteinte prima facie

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major Le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* et permettant de déterminer si l'État a porté atteinte aux droits ancestraux comporte (1) la question de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant et (2) celle de déterminer (i) si la restriction était déraisonnable, (ii) si le règlement était indûment rigoureux et (iii) s'il refusait aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Le critère est, dans une certaine mesure, fonction du contexte factuel dans lequel il a été formulé; en l'espèce, le critère doit être appliqué non seulement au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* mais également aux autres aspects du régime de réglementation. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue.

Le régime gouvernemental de réglementation de la récolte de la rogue de hareng sur varech peut être divisé en quatre éléments constitutifs: (1) l'État détermine la proportion des stocks de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, rogue de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'utilisateurs (utilisateurs commerciaux et Indiens pra-

kelp licences. The appellants demonstrated a *prima facie* interference with their aboriginal rights. Prior to contact, the Heiltsuk could harvest herring spawn on kelp to the extent they themselves desired. Under the regulatory scheme they can harvest for commercial purposes only to the limited extent allowed by the government

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* directly conflicts, both by its object and by its effects, with native sale, trade and barter of herring spawn on kelp on a commercial basis and so violates the aboriginal right. This right has never been extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign. Although in agreement with Lamer C.J. on the issue, the relatively low burden on the claimant of the right to demonstrate infringement on the face of the legislation was emphasized. Here, the appellants overwhelmingly discharged their burden in that regard.

Per McLachlin J.: An aboriginal person must establish a *prima facie* right to engage in the prohibited conduct at issue. The Crown may rebut the inference of infringement if it can demonstrate that the regulatory scheme, viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question. The Heiltsuk have a right to harvest and sell herring spawn on kelp for the purpose of sustenance and this right was evidently denied by the regulation under which the appellants stand charged. Thus, the first requirement of the test is met

The evidence did not disclose whether the licence issued to the Heiltsuk was sufficient to satisfy their aboriginal right to sell herring spawn on kelp for sustenance. The case should be referred for a new trial so that this case can be resolved.

Justification

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Justification of infringements of aboriginal rights involves a two-part test. The government must demonstrate that: (1) it was acting pursuant to a valid legislative objective; and (2) its actions were consistent with its fiduciary duty towards aboriginal peoples.

tiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech. Les appelants ont démontré une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les Heiltsuk pouvaient récolter autant de rogue de hareng sur varech qu'ils le désiraient. Par suite de l'établissement du régime de réglementation, ils ne peuvent récolter que la quantité limitée de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales autorisée par l'État.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* entre directement en conflit, tant de par son objet que de par ses effets, avec la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech par les autochtones sur une base commerciale et viole un tel droit ancestral. Ce droit n'a jamais été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse du Souverain. Bien que l'analyse du juge en chef Lamer sur cette question soit acceptée, il y est souligné le caractère assez peu exigeant du fardeau qu'a la personne qui revendique un tel droit d'établir qu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral existant. Dans le présent pourvoi, les appelants se sont nettement acquittés du fardeau qui leur incombait à cet égard.

Le juge McLachlin: Un autochtone doit établir l'existence à première vue d'un droit d'accomplir l'acte prohibé en cause. Le ministère public peut repousser l'inférence qu'il y a atteinte en démontrant que, considéré dans son ensemble, le régime de réglementation respecte le droit ancestral collectif en question. Les Heiltsuk ont le droit de récolter et de vendre la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance, droit dont ils ont apparemment été privés par la disposition réglementaire en vertu de laquelle les appelants ont été accusés. Par conséquent, la première condition du critère est remplie.

La preuve n'a pas indiqué si le permis délivré aux Heiltsuk respectait suffisamment leur droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Il faudrait renvoyer l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès afin de trancher cette question.

Justification

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La justification des atteintes aux droits ancestraux emporte l'application d'un critère à deux volets. L'État doit démontrer (1) qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier; et (2) que ses actions sont compatibles avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones.

Where the aboriginal right is internally limited, so that it is clear when that right has been satisfied and other users can be allowed to participate in the fishery, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, makes sense. *Sparrow* did not contemplate situations other than that where the aboriginal right was internally limited. Where the aboriginal right has no internal limitation, however, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, would mean that an aboriginal right would become an exclusive one. Where the aboriginal right has no internal limitation, the doctrine of priority requires that the government demonstrate that it has taken the existence of aboriginal rights into account in allocating the resource and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource, and the actual allocation of the resource which results from that process, reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery. The content of this priority — something less than exclusivity but which nonetheless gives priority to the aboriginal right — must remain somewhat vague pending consideration of the government's actions in specific cases.

Unlike *Sparrow*, which considered only the justifiability of conservation objectives, this case raises the question of whether other government objectives will justify limitations on aboriginal rights. The regulatory scheme at issue in this case — the allocation of herring spawn on kelp — does not involve conservation concerns: it makes no difference in terms of conservation who is allowed to catch the fish.

The purposes underlying aboriginal rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those limits on the rights which are justifiable. Because distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those

Dans une situation où le droit ancestral est intrinsèquement limité, et où il est, de ce fait, facile de déterminer s'il a été respecté et si les autres usagers peuvent être autorisés à pêcher, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* est logique. L'arrêt *Sparrow* n'envisage pas de situations autres que celles où le droit ancestral est intrinsèquement limité. Toutefois, quand le droit ancestral ne comporte pas de limite intrinsèque, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* signifierait qu'un droit ancestral deviendrait exclusif. Lorsque le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque, la doctrine relative à l'ordre de priorité commande que l'État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêche. Le contenu de ce droit de priorité — qui, sans aller jusqu'à l'exclusivité, donne néanmoins préséance au droit ancestral — doit rester assez vague tant que les actions de l'État n'ont pas été examinées dans des cas précis.

Contrairement à l'arrêt *Sparrow*, où l'on a examiné le caractère justifiable des objectifs de conservation, le présent pourvoi soulève la question de savoir si d'autres objectifs gouvernementaux justifieront l'existence de restrictions aux droits ancestraux. Le régime de réglementation en cause — la répartition de la récolte de la roque de hareng sur varech — ne concerne pas des questions de conservation: le fait que ce soit un groupe ou un autre qui soit autorisé à prendre le poisson ne change rien du point de vue de la conservation.

Les objets qui sous-tendent les droits ancestraux doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermination des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables. Comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus

limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. With regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment.

The evidence and testimony presented in this case was insufficient for the Court to determine whether the government's regulatory scheme was justified.

Per L'Heureux-Dubé J.: There was insufficient evidence to rule on the question of justification. Lamer C.J.'s comments on this issue, and particularly as regards the doctrine of priority and the decision in *Jack v. The Queen* were agreed with.

Per McLachlin J.: It was not necessary to reach the issue of justification. The question of whether such an infringement were justified should be decided at a new trial.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; **considered:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; **distinguished:** *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney-*

large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. En ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées, de tels objectifs' sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation.

La preuve documentaire et testimoniale produite dans la présente affaire était insuffisante pour permettre à notre Cour de déterminer si ce régime est justifié.

Le juge L'Heureux-Dubé: La preuve était insuffisante pour permettre de trancher la question de la justification. Il est souscrit aux observations du juge en chef Lamer sur cette question, particulièrement en ce qui concerne la doctrine relative à l'ordre de priorité ainsi qu'à la décision de notre Cour dans *Jack c. La Reine*.

Le juge McLachlin: Il n'était pas nécessaire d'examiner la question de la justification. La question de savoir si une telle atteinte était justifiée devrait être tranchée lors d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; **arrêt examiné:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c.*

General of British Columbia v. Attorney-General of Canada, [1914] A.C. 153.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N. T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Heiltsuk Indian Band v. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery Regulations, SOR/54-659, s. 21A [ad. SOR/55-260, s. 3] (1) [repl. SOR/74-50, s. 9], (2) [repl. SOR/72-417, s. 7], s. 32.
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/77-716, s. 29.
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1927, c. 73, s. 39.
Fisheries Act, S.C. 1868, c. 60, s. 13(9).
Fisheries Act, 1932, S.C. 1932, c. 42, s. 30.
Fisheries Act, S.C. 1952, c. 119, s. 30.
Fishery Regulations for the Province of British Columbia, March 8, 1894, P.C. 650, s. 1.
Natural Resources Transfer Agreement, s. 12 (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, Schedule 2).
Order in Council, P.C. 2539, September 11, 1917.

Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1914] A.C. 153.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêt mentionné:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande indienne des Heiltsuk c. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

Lois et règlements cités

Acte des pêcheries, S.C. 1868, ch. 60, art. 13(9).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.
Convention sur le transfert des ressources naturelles, art. 12 (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, n° 26, annexe 2).
Décret, C.P. 2539, 11 septembre 1917.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les pêcheries, S.C. 1952, ch. 119, art. 30.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1927, ch. 73, art. 39.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).
Loi sur les pêcheries de 1932, S.C. 1932, ch. 42, art. 30.
Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, 8 mars 1894, C.P. 650, art. 1.
Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, DORS/54-659, art. 21A [aj. DORS/55-260, art. 3] (1) [abr. DORS/74-50, art. 9], (2) [abr. DORS/72-417, art. 7], art. 32.
Règlement de pêche du hareng du Pacifique, C.R.C., ch. 825, art. 17 (abr. & remp. DORS/80-876, art. 8).

Pacific Fishery Registration and Licensing Regulation / *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, art. 17(1)a), b), 20(2), (3).
Pacific Herring Fishery Regulations, C.R.C., c. 825, s. 17 (rep. & sub. SOR/80-876, s. 8).
Pacific Herring Fishery Regulations, SOR/84-324, ss. 17(1)(a), (b), 20(2), (3).
Special Fisheries Regulations for the Province of British Columbia, 1915, P.C. 297, s. 8(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1922, P.C. 1918, s. 13(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1925, P.C. 483, s. 15.
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1930, P.C. 512, s. 11(2).
Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, 1938, P.C. 899, s. 10(2).

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/77-716, art. 29.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1915, C.P. 297, art. 8(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1922, C.P. 1918, art. 13(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1925, C.P. 483, art. 15.
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1930, C.P. 512, art. 11(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1938, C.P. 899, art. 10(2).
Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "prima facie".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, 29 B.C.A.C. 253, 48 W.A.C. 253, [1993] 5 W.W.R. 517, [1993] 4 C.N.L.R. 75, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. (1991), 13 W.C.B. (2d) 601, dismissing an appeal from conviction by Lemiski Prov. Ct. J. for violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. Appeal allowed, La Forest J. dissenting.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and *Maria A. Morellato*, for the appellants.

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

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

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

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «prima facie».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, 29 B.C.A.C. 253, 48 W.A.C. 253, [1993] 5 W.W.R. 517, [1993] 4 C.N.L.R. 75, qui a rejeté un appel interjeté contre la décision du juge Anderson (1991), 13 W.C.B. (2d) 601, rejetant un appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lemiski de la Cour provinciale pour infraction au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Pourvoi accueilli, le juge La Forest est dissident.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Maria A. Morellato*, pour les appelants.

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

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

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

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

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

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

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

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

¹ Donald and William Gladstone, the appellants, are members of the Heiltsuk Band. The appellants were charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offences of offering to sell herring spawn on kelp caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248 and of attempting to sell herring spawn on kelp not caught under the authority of a Category J herring spawn on kelp licence, contrary to s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324. Only the charges arising under s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* are still at issue in this appeal.

² The charges arose out of events taking place in April of 1988. On approximately April 27, 1988 the appellants shipped 4,200 pounds of herring spawn on kelp from Bella Bella to Richmond, a suburb of Vancouver. On April 28, 1988 the appellants took a pail containing approximately 35 pounds of herring spawn on kelp to Seaborn Enter-

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

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

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

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

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

Les appellants, Donald et William Gladstone, sont membres de la bande des Heiltsuk. Ils ont été accusés, aux termes du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, d'avoir offert de vendre de la rogue de hareng sur varech récoltée en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, infraction prévue au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech qui n'avait pas été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J, infraction prévue au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324. Seules les accusations fondées sur le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* sont encore en litige dans le présent pourvoi.

Les faits ayant donné lieu aux accusations remontent au mois d'avril 1988. Vers le 27 avril 1988, les appelants ont expédié de Bella Bella jusqu'à Richmond, banlieue de Vancouver, 4 200 livres de rogue de hareng sur varech. Le 28 avril 1988, ils ont apporté un seau contenant 35 livres de ce produit à la poissonnerie Seaborn Enterprises

prises Ltd., a fish store in Vancouver. At Seaborn Enterprises Ltd. the appellants had a conversation with Mr. Katsu Hirose, the owner of the store, in which they asked Mr. Hirose if he was "interested" in herring spawn on kelp. Mr. Hirose informed the appellants that he did not purchase herring spawn on kelp from Native Indians. Upon leaving Seaborn Enterprises Ltd. the appellants, who had been under surveillance by fisheries officers throughout these events, were arrested and the entire 4,200 pounds of herring spawn on kelp was seized. Upon arrest the appellant William Gladstone produced an Indian food fish licence permitting him to harvest 500 pounds of herring spawn on kelp.

At the time at which the appellants were charged s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* read:

20....

(3) No person shall buy, sell, barter or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

The appellants have not disputed the essential facts of the case. The essence of the appellants' defence is that, in these circumstances, the regulations violated the appellants' aboriginal rights as recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* with the result that, by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the regulations are of no force or effect with respect to the appellants. The appellants also take the position that the facts related to the shipment of the herring spawn on kelp, and the conversation with Mr. Hirose, are insufficient to constitute an "attempt to sell" in law.

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

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

Ltd. à Vancouver. Au cours d'une conversation avec M. Katsu Hirose, propriétaire de Seaborn Enterprises Ltd., ils lui ont demandé s'il était «intéressé» à se procurer de la rogue de hareng sur varech. Ce dernier leur a répondu qu'il n'achetait pas ce produit à des autochtones. À leur sortie de l'établissement, les appelants, qui avaient été surveillés par des agents des pêches tout au long de l'opération, ont été arrêtés, et les 4 200 livres de rogue de hareng sur varech ont été saisies. Au moment de son arrestation, l'appellant William Gladstone a exhibé un permis de pêche de subsistance des Indiens l'autorisant à récolter 500 livres de rogue de hareng sur varech.

À la date où les appelants ont été inculpés, le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* était ainsi rédigé:

20....

(3) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été prise ou recueillie en vertu d'un permis de catégorie J.

Les appelants n'ont pas contesté les faits essentiels de l'affaire. Essentiellement, les appelants font valoir pour leur défense que, dans les circonstances de la présente affaire, les règlements violent leurs droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de sorte qu'en vertu de l'art. 52 de cette loi ces règlements sont inopérants à leur égard. Ils soutiennent en outre que les faits concernant le transport de la rogue de hareng sur varech et la conversation avec M. Hirose sont insuffisants pour constituer, en droit, une «tentative de vente».

Voici le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

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

3

4

5

II. Judgments Below

Provincial Court, Lemiski Prov. Ct. J.

⁶ At trial the appellants made a series of technical arguments related to the Crown's proof of the essential elements of the offences with which they were charged. The appellants also argued that the conditions placed on fishing licences constituted improper delegation and that the regulations were *ultra vires* the federal government. None of these arguments was successful at trial and they have all, with one exception, been abandoned on the appeal to this Court. As noted, the appellants have maintained their position that the facts do not support the Crown's contention that the appellants engaged in an "attempt to sell" herring spawn on kelp. The trial judge rejected this argument, holding that "the evidence of an 'attempt to sell' is overwhelming".

⁷ The appellants also argued at trial that, if they did attempt to sell herring spawn on kelp, they did so pursuant to an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge accepted this argument, finding as a matter of fact that the Heiltsuk people "continuously traded spawn on kelp over the years to the present time". The trial judge held, further, that this right had not been extinguished. Although regulations passed since 1927 had curtailed the herring spawn on kelp fishery, the trial judge cited *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099, for the proposition that these regulations were "simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights"; given that this was the case, the trial judge held that the Crown had not demonstrated a clear and plain intention to extinguish the aboriginal right of the appellants to trade in herring spawn on kelp.

⁸ The trial judge held that the aboriginal rights of the appellants were infringed by the regulations. He held that it was unreasonable to limit the appel-

II. Décisions des juridictions inférieures

Cour provinciale, le juge Lemiski

Au procès, les appelants ont présenté une série d'arguments de forme concernant la preuve produite par le ministère public pour établir les éléments essentiels des infractions reprochées. Ils ont aussi prétendu que les conditions dont les permis de pêche étaient assortis constituaient une délégation irrégulière et que les règlements outrepassaient les pouvoirs du gouvernement fédéral. Aucun de ces arguments n'a été retenu au procès et tous, sauf un, ont été abandonnés dans le cadre du présent pourvoi. Comme il a déjà été souligné, les appelants continuent d'affirmer que les faits n'étaient pas la prétention du ministère public qu'ils ont «tenté de vendre» de la rogue de hareng sur varech. Le juge du procès a rejeté cet argument, statuant que [TRADUCTION] «la preuve de la «tentative de vente» est accablante».

Au procès, les appelants ont également plaidé que si, effectivement, ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech, ils l'ont fait conformément à un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a accepté cet argument, statuant, en tant que conclusion de fait, que les Heiltsuk [TRADUCTION] «avaient continuellement échangé de la rogue de hareng sur varech au fil des ans, et ce jusqu'à nos jours». Il a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint. Même si des règlements pris depuis 1927 ont eu pour effet de restreindre la récolte de la rogue de hareng sur varech, le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099, pour déclarer que les règlements en cause étaient «simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents»; étant donné ce fait, le juge du procès a statué que le ministère public n'avait pas établi l'existence d'une intention claire et expresse d'éteindre le droit ancestral des appelants de faire le commerce de la rogue de hareng sur varech.

Le juge du procès a décidé que les droits ancestraux des appelants avaient été violés par les règlements. Il a conclu qu'il était déraisonnable de res-

lants' rights, that the regulations had the potential to cause hardship to the appellants and that the regulations interfered with the appellants' preferred means of exercising their aboriginal rights, with the result that the *Sparrow* test for infringement had been met.

The trial judge held, however, that the infringement of the appellants' aboriginal rights was justified. He held that the Crown had demonstrated a valid legislative objective in so far as there was a potential conservation concern with the herring spawn on kelp fishery. Further, he held that while the infringement of the appellants' rights was excessive in relation to the legislative objective, there had been consultation with the Native Brotherhood of B.C. In sum, he held that given the difference between the appellants' actions and the aboriginal right they claimed to be acting pursuant to, the interference with their actions by the regulations was a justifiable interference with their rights. In the result, the trial judge convicted the appellants on both counts.

British Columbia Supreme Court, Anderson J. (1991), 13 W.C.B. (2d) 601

The appellants were partially successful on appeal to the British Columbia Supreme Court. Anderson J. held that the facts as found by the trial judge, while supporting the appellants' conviction for attempting to sell herring spawn on kelp in violation of s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, did not support the appellants' conviction for offering to sell herring spawn on kelp in violation of s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. What the appellants said to Mr. Hirose was only an invitation to treat, not an offer to sell.

Anderson J. agreed with the trial judge that the effect of the regulations on the appellants' s. 35(1) rights was insufficient to invalidate the application of those regulations to the appellants. While he agreed with the trial judge that there was a tradi-

treindre les droits des appelants, que les règlements étaient susceptibles d'être indûment rigoureux et qu'ils privaient les appelants de leur moyen préféré d'exercer leurs droits ancestraux, de sorte que le critère énoncé dans *Sparrow* pour déterminer l'existence d'une atteinte avait été respecté.

Le juge du procès a toutefois conclu que l'atteinte aux droits ancestraux des appelants était justifiée. Il a statué que le ministère public avait démontré l'existence d'un objectif législatif régulier, dans la mesure où il existait un problème potentiel de conservation en ce qui concerne la rogue de hareng sur varech. De plus, il a jugé que, même si l'atteinte aux droits des appelants était excessive par rapport à l'objectif législatif, la Native Brotherhood of B.C. avait néanmoins été consultée. En somme, il a conclu que, vu la différence entre les activités des appelants et le droit ancestral en vertu duquel ils prétendaient avoir agi, la restriction apportée à leurs activités par les règlements était une atteinte justifiable à leurs droits. En conséquence, le juge du procès a déclaré les appelants coupables des deux chefs.

Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Anderson (1991), 13 W.C.B. (2d) 601

Les appelants ont eu partiellement gain de cause en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge Anderson a statué que même si les faits constatés par le juge du procès étaient la déclaration de culpabilité des appelants coupables à l'égard de la tentative de vente de rogue de hareng sur varech, infraction prévue au par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, ils n'appuyaient pas leur déclaration de culpabilité à l'accusation d'avoir offert ce produit, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Les propos des appelants à M. Hirose étaient seulement une invitation à traiter ensemble, non une offre de vente.

Le juge Anderson a dit être d'accord avec le juge du procès que l'effet des règlements sur les droits des appelants était insuffisant pour invalider leur application à ces derniers. Même si, à l'instar du juge du procès, il a conclu à l'existence d'un

9

10

11

tional right to trade herring spawn on kelp, and that that right had not been extinguished, he held, in disagreement with the trial judge, that the fisheries regulations did not infringe the appellants' aboriginal rights. He held that the right of the appellants was not an "absolute and unfettered right to harvest herring spawn in any quantity and to sell the spawn so harvested commercially". The extent of the transaction to be engaged in by the appellants was inconsistent with the aboriginal rights on which they relied. The aboriginal right to trade in herring spawn on kelp is preserved by the operation of the Indian food fishing licences and by the Category J licence issued to the Heiltsuk Band; the limitation of the herring spawn on kelp fishery beyond what is permitted by the regulations cannot be said to be an infringement of the appellants' aboriginal rights.

¹² Anderson J. thus allowed the appeal in respect of the appellants' conviction for violating s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* but dismissed the appeal of the appellants' conviction for violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. The Crown has not appealed Anderson J.'s decision allowing the appeal of the appellants on the s. 27(5) issue.

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133

¹³ Hutcheon J.A., writing for a majority of the Court on this issue, rejected the appellants' argument that the Crown had failed to prove the essential elements of the offence of an attempt to sell herring spawn on kelp. Hutcheon J.A. held at para. 13, that the distinction between mere preparation and an attempt to sell is a "matter of 'common sense'" and that, in this case, the evidence was sufficient to demonstrate that the appellants had been guilty of an attempt to sell. Hutcheon J.A. also rejected the appellants' argument that the regulations, in these circumstances, constituted an unconstitutional violation of their s. 35(1) rights. Hutcheon J.A. agreed with the trial judge that the appellants had demonstrated an aboriginal right to

droit traditionnel d'échanger de la rogue de hareng sur varech et à la non-extinction de ce droit, il a statué, au contraire du juge du procès, que les règlements de pêche ne portaient pas atteinte aux droits ancestraux des appelants. Il a conclu que le droit des appelants n'était pas un [TRADUCTION] «droit absolu et illimité de récolter n'importe quelle quantité de rogue de hareng et de vendre cette récolte commercialement». L'ampleur de l'opération que les appelants entendaient réaliser était incompatible avec les droits ancestraux qu'ils ont invoqués. Le droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech est préservé par l'effet des permis de pêche de subsistance des Indiens et par les permis de catégorie J délivrés à la bande des Heiltsuk. L'interdiction de récolter plus de rogue de hareng sur varech que la quantité permise par règlement ne peut être considérée comme une atteinte aux droits ancestraux des appelants.

Le juge Anderson a donc fait droit à l'appel formé par les appelants contre la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, mais il a rejeté leur appel quant à celle fondée sur le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Le ministère public n'a pas fait appel de la décision du juge Anderson accueillant l'appel formé par les appelants sur la question touchant le par. 27(5).

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133

S'exprimant sur ce point au nom des juges de la majorité, le juge Hutcheon a rejeté l'argument des appelants que le ministère public n'avait pas prouvé les éléments essentiels de l'infraction de tentative de vente de rogue de hareng sur varech. Il a statué, au par. 13, que la distinction entre la simple préparation en vue de la vente et la tentative de vendre est [TRADUCTION] «affaire de «bon sens»», et que, en l'espèce, la preuve était suffisante pour établir que les appelants étaient coupables de tentative de vente. Le juge Hutcheon a également rejeté l'argument des appelants que, dans ces circonstances, les règlements constituaient une violation inconstitutionnelle des droits qui leur sont garantis par le par. 35(1). Il a été d'avis, tout comme le juge

trade herring spawn on kelp and that the actions of the appellants were, given the historical evidence demonstrating extensive trade by the Heiltsuk prior to contact, consistent with the aboriginal right asserted. He also agreed with the trial judge that the regulations constituted a *prima facie* interference with the aboriginal right to trade herring spawn on kelp but that that interference with the appellants' rights was justified.

Hutcheon J.A.'s reasons for upholding the interference with the appellants' rights as justified were different than those of the trial judge. Hutcheon J.A. held that the trial judge was in error in so far as he relied on the appellants' actions rather than on the impact of the regulations on the appellants. Considering the regulatory scheme itself, Hutcheon J.A. held that the consultation with the Native Indian Brotherhood of B.C., and the allocation of herring spawn on kelp to the Heiltsuk Band, demonstrated that the Crown had fulfilled its responsibility to the Heiltsuk and had not, as such, engaged in an unjustified interference with the appellants' aboriginal rights.

Macfarlane J.A., writing for himself and two others, agreed with Hutcheon J.A.'s disposition of the appellants' argument that the Crown had failed to demonstrate the essential elements of the offence. He disagreed, however, with Hutcheon J.A.'s analysis of the appellants' s. 35(1) arguments. In Macfarlane J.A.'s view, the appellants failed to demonstrate that the Heiltsuk Band had an aboriginal right to sell herring spawn on kelp commercially. Macfarlane J.A. held that the facts as found by the trial judge did not demonstrate that the trade of herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk. In Macfarlane J.A.'s view, at para. 50, "the quality and character of the activity in aboriginal times was quite different from that disclosed by the evidence in this case". Macfarlane J.A. also held, however, that if he were incorrect, and an aboriginal right to trade in herring spawn on kelp existed,

du procès, que les appelants avaient établi l'existence d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech et que, compte tenu de la preuve historique démontrant qu'il y avait des échanges importants de ce produit par les Heiltsuk avant le contact avec les Européens, leurs activités étaient compatibles avec le droit ancestral revendiqué. Il a aussi partagé l'avis de ce dernier que les règlements constituaient une atteinte à première vue au droit ancestral des appelants d'échanger de la rogue de hareng sur varech, mais que cette atteinte était justifiée.

Le juge Hutcheon a conclu que l'atteinte aux droits des appelants était justifiée, mais pour des motifs différents de ceux du juge du procès. Il a jugé que ce dernier avait commis une erreur en s'appuyant sur les actions des appelants plutôt que sur l'effet des règlements sur ceux-ci. Prenant en considération le régime de réglementation lui-même, le juge Hutcheon a statué que les consultations menées auprès de la Native Indian Brotherhood of B.C. et l'attribution de rogue de hareng sur varech à la bande des Heiltsuk établissaient que l'État s'était acquitté de sa responsabilité envers les Heiltsuk et n'avait pas, par le fait même, porté une atteinte injustifiée aux droits ancestraux des appelants.

Le juge Macfarlane, au nom de deux autres juges, a souscrit à la conclusion du juge Hutcheon sur l'argument des appelants que le ministère public n'avait pas prouvé les éléments essentiels de l'infraction. Il a cependant dit être en désaccord avec l'analyse faite par le juge Hutcheon des arguments des appelants fondés sur le par. 35(1). De l'avis du juge Macfarlane, les appelants n'ont pas démontré que la bande des Heiltsuk avait un droit ancestral de vendre commercialement de la rogue de hareng sur varech. Il a conclu que les faits constatés par le juge du procès n'établissaient pas que l'échange de rogue de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. À son avis, au par. 50, [TRADUCTION] «les activités exercées aux temps des aborigènes étaient très différentes, de par leur qualité et leur nature, de celles révélées par la preuve en l'espèce». Toutefois, le juge Macfarlane a également

he would agree with Hutcheon J.A. that the Crown had met the burden of proof on the question of justification.

¹⁶ Lambert J.A. dissented. In his view, at para. 79, the appellants had an aboriginal right to trade herring spawn "in quantities measured in tons" which, he held, had been infringed by the fisheries regulations. Lambert J.A. held that this infringement was not justified. First, the herring spawn on kelp fishery, because not involving the death of the female fish as occurs in the herring roe fishery, does not create any conservation concerns beyond those dealt with in the regulation of the herring roe fishery. Second, the band was not compensated for what is, in effect, a confiscation of the herring spawn on kelp fishery. Finally, the only consultation that took place was with the Native Indian Brotherhood of B.C., not with the Heiltsuk Band itself; such consultation was inadequate to support the government's claim that the regulations were justified.

III. Grounds of Appeal

¹⁷ Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellants?

The appellants appealed on the basis that the courts below were in error in holding that the actions of the appellants were sufficient to constitute an attempt to sell in law. The appellants also appealed on the basis that, given that the evidence presented at trial demonstrated the extent and significance of Heiltsuk trading activities, the Court of Appeal erred in holding that the appellants do not have an

statué que, s'il avait tort et qu'il existait un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech, il serait d'accord avec le juge Hutcheon que le ministère public s'était acquitté de la charge de la preuve sur la question de la justification.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Au par. 79, il a dit être d'avis que les appelants possédaient un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech [TRADUCTION] «en quantités mesurables en tonnes», droit qui, a-t-il conclu, avait été violé par les règlements de pêche. Il a jugé que cette atteinte n'était pas justifiée. Premièrement, comme la récolte de la rogue de hareng sur varech n'entraîne pas la mort de la femelle, contrairement à la pêche du hareng prêt à frayer, la première activité ne crée pas d'autres problèmes de conservation que ceux visés par la réglementation de la pêche du hareng prêt à frayer. Deuxièmement, la bande n'a pas été indemnisée pour ce qui est, en fait, une confiscation de la récolte de la rogue de hareng sur varech. Troisièmement, seule la Native Indian Brotherhood of B.C. a été consultée et non la bande des Heiltsuk. Ces consultations sont insuffisantes pour étayer la prétention du ministère public que les règlements étaient justifiés.

III. Moyens d'appel

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

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Les appelants se pourvoient pour le motif que les juridictions inférieures ont fait erreur en statuant que leurs actions étaient suffisantes pour constituer en droit une tentative de vente. Ils ont aussi fait valoir que, comme la preuve présentée au procès établissait l'ampleur et l'importance des activités d'échange des Heiltsuk, la Cour d'appel avait commis une erreur en décidant que les appelants ne

aboriginal right to trade and sell herring spawn on kelp. The appellants argued further that because the regulations constituted a total ban on the sale of any herring spawn on kelp, the Court of Appeal erred in not finding a *prima facie* infringement of the appellants' aboriginal rights. Finally, the appellants argued that the Crown did not adduce sufficient evidence to support its assertion that the regulations fulfilled a conservation objective and that the Crown had failed to fulfil its fiduciary obligation to the Heiltsuk Band, with the result that the Court of Appeal erred in finding that any infringement which did exist was justified.

IV. Analysis

Attempt to Sell

Before turning to the heart of the appellants' case — the argument that their convictions constitute an unjustifiable infringement of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) — it is necessary to dispose of their argument that the facts do not demonstrate an "attempt to sell" as required by s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*. The basis of the appellants' position is that because the Crown only provided evidence to show that the appellants asked Mr. Hirose if he was "interested" in herring spawn on kelp, without providing any evidence that the appellants had discussed the quantity, quality, price or delivery date of the herring spawn on kelp with Mr. Hirose, the Crown only demonstrated that the appellants had engaged in preparation for an attempt to sell; the Crown did not demonstrate that the appellants had actually attempted to sell herring spawn on kelp to Mr. Hirose.

This argument is without merit. In *R. v. Deutsch*, [1986] 2 S.C.R. 2, Le Dain J., writing for a unanimous Court on this issue, discussed the distinction between an attempt and mere preparation at pp. 22-23:

It has been frequently observed that no satisfactory general criterion has been, or can be, formulated for drawing the line between preparation and attempt, and that

possédaient pas le droit ancestral de vendre et d'échanger de la roque de hareng sur varech. Les appelants ont aussi soutenu que, parce que le règlement interdit totalement la vente de ce produit, la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas à une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Enfin, ils ont plaidé que le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante pour étayer son assertion que le règlement répondait à un objectif de conservation et que Sa Majesté ne s'était pas acquittée de son obligation de fiduciaire envers la bande des Heiltsuk, de sorte que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que toute atteinte effectivement portée était justifiée.

IV. Analyse

Tentative de vente

Avant d'arriver au cœur de la thèse des appelants — l'argument que leurs déclarations de culpabilité constituent une atteinte injustifiable à leurs droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) — il est nécessaire de statuer sur leur argument que les faits n'établissent pas qu'il y a eu «tentative de vente» au sens du par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*. Cet argument repose sur ce qui suit: comme le ministère public a uniquement présenté des éléments de preuve visant à établir que les appelants avaient demandé à M. Hirose s'il était «intéressé» à se procurer de la roque de hareng sur varech, sans apporter la preuve qu'ils avaient discuté avec ce dernier de la quantité, de la qualité, du prix ou de la date de livraison du produit, le ministère public a simplement démontré que les appelants avaient fait des préparatifs en vue d'une tentative de vente, et non que ceux-ci avaient effectivement tenté de vendre de la roque de hareng sur varech à M. Hirose.

Cet argument n'est pas fondé. Dans l'arrêt *R. c. Deutsch*, [1986] 2 R.C.S. 2, le juge Le Dain, exprimant la décision unanime de la Cour sur ce point, a examiné la distinction entre la tentative et la simple préparation, aux pp. 22 et 23:

On a souvent fait remarquer qu'aucun critère général satisfaisant n'a été ou ne peut être formulé pour tracer la ligne de démarcation entre la préparation et la tentative

the application of this distinction to the facts of a particular case must be left to common sense judgment...Despite academic appeals for greater clarity and certainty in this area of the law I find myself in essential agreement with this conclusion.

In my opinion the distinction between preparation and attempt is essentially a qualitative one, involving the relationship between the nature and quality of the act in question and the nature of the complete offence, although consideration must necessarily be given, in making that qualitative distinction, to the relative proximity of the act in question to what would have been the completed offence, in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished.

In this case the facts as found by the trial judge clearly demonstrate that the appellants attempted to sell herring spawn on kelp to Mr. Hirose. The appellants arranged for the shipment of the herring spawn on kelp to Vancouver, they took a sample of the herring spawn on kelp to Mr. Hirose's store and they specifically asked Mr. Hirose if he was "interested" in herring spawn on kelp. The appellants' actions have sufficient proximity to the acts necessary to complete the offence of selling herring spawn on kelp to move those actions beyond mere preparation to an actual attempt. I would note here that the appellants have not disputed the facts as found by the trial judge and that the courts below were unanimous in finding that the actions of the appellant were sufficient to amount to an attempt to sell.

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982

20

In *Sparrow, supra*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous court, held that an analysis of a claim under s. 35(1) has four steps: first, the court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right; second, a court must determine whether that right was extinguished prior to the enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; third, a court must determine whether that right has been infringed; finally, a court must determine whether that infringement was justified.

et que l'application de cette distinction aux faits d'une affaire en particulier devait être une question de jugement fondé sur le bon sens. [...] Malgré les demandes des auteurs de doctrine pour plus de clarté et plus de certitude dans ce domaine du droit, je suis essentiellement d'accord avec cette conclusion.

À mon avis, la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille nécessairement examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis.

En l'espèce, les faits constatés par le juge du procès établissent clairement que les appelants ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech à M. Hirose. Ils ont fait transporter de la rogue de hareng sur varech à Vancouver, ils en ont apporté un échantillon au magasin de M. Hirose et ils lui ont expressément demandé s'il était «intéressé» à s'en procurer. Les actions des appelants sont suffisamment proches de celles requises pour qu'il y ait perpétration de l'infraction de vente de rogue de hareng sur varech, de sorte qu'elles dépassent la simple préparation et constituent une tentative véritable. Je souligne ici que les appelants n'ont pas contesté les faits constatés par le juge du procès, et que les juridictions inférieures ont toutes conclu que les actions des appelants étaient suffisantes pour constituer une tentative de vente.

Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont rédigé la décision unanime de la Cour et statué que l'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1) comporte quatre volets: premièrement, le tribunal doit déterminer si le requérant a prouvé qu'il exerçait un droit ancestral; deuxièmement, il doit déterminer s'il y a eu extinction de ce droit avant l'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit; enfin, il doit déterminer si l'atteinte était justifiée.

This judgment will undertake the analysis required for the four steps of the *Sparrow* framework, taking into account the elaboration of that framework in the cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, all of which were heard contemporaneously with this appeal. I will also undertake to clarify the *Sparrow* framework as is required in order to apply that framework to the different circumstances of this appeal.

Definition

This appeal, like those heard contemporaneously in *N.T.C. Smokehouse* and *Van der Peet*, requires the Court to consider the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In this case it must be determined whether the appellants Donald and William Gladstone can, on the basis of the test laid out in *Van der Peet*, claim to have been acting pursuant to an aboriginal right when they attempted to sell herring spawn on kelp to Seaborn Enterprises Ltd. In *Van der Peet* the Court held, at para. 46, that to be recognized as an aboriginal right an activity must be "an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right". Thus, the appellants in this case must demonstrate that their attempt to sell herring spawn on kelp was an element of a practice, custom, or tradition integral to the distinctive culture of the Heiltsuk Band.

The first step in applying the *Van der Peet* test is the determination of 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 argued to infringe the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. At this stage of the analysis the Court is, in essence, determining what the appellants will have to demonstrate to be an aboriginal right in order for the activities they were engaged in to be encompassed by s. 35(1). There is no point in the

Dans le présent jugement, je vais appliquer le cadre d'analyse en quatre volets exposé dans *Sparrow* et explicité dans les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, qui ont tous été entendus en même temps que le présent appel. Je vais également clarifier ce cadre d'analyse, dans la mesure nécessaire pour l'appliquer aux circonstances différentes de la présente espèce.

Définition

Dans le cadre du présent pourvoi, tout comme dans ceux entendus en même temps, *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, notre Cour est tenue d'examiner la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, il faut déterminer si les appelants Donald et William Gladstone peuvent, sur le fondement du critère énoncé dans *Van der Peet*, affirmer qu'ils exerçaient un droit ancestral quand ils ont tenté de vendre de la roque de hareng sur varech à Seaborn Enterprises Ltd. Dans *Van der Peet*, notre Cour a statué, au par. 46, que, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit être «un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Par conséquent, en l'espèce, les appelants doivent démontrer que leur tentative de vendre de la roque de hareng sur varech était un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk.

La première étape dans l'application du critère énoncé dans *Van der Peet* consiste à déterminer la nature précise de la revendication des appelants, compte tenu de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait, affirme-t-on, été accompli en vertu d'un droit ancestral, le règlement gouvernemental qui, prétend-on, violerait ce droit, et la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit revendiqué. A cette étape de l'analyse, notre Cour détermine essentiellement en quoi consiste le droit ancestral dont les appelants doivent établir l'existence pour que leurs activités soient

appellants' being shown to have an aboriginal right unless that aboriginal right includes the actual activity they were engaged in; this stage of the *Van der Peet* analysis ensures that the Court's inquiry is tailored to the actual activity of the appellants.

24 This case, like *N.T.C. Smokehouse*, potentially creates problems at the characterization stage. The actions of the appellants, like the actions of the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands in *N.T.C. Smokehouse*, appear to be best characterized as the commercial exploitation of herring spawn on kelp. By contrast, the regulations under which the appellants were charged, like the regulations at issue in *N.T.C. Smokehouse*, prohibit all sale or trade in herring spawn on kelp without a Category J licence, appear, therefore, to be best characterized as aimed at the exchange of herring spawn on kelp for money or other goods, regardless of whether the extent or scale of that sale or trade could reasonably be characterized as commercial in nature. The means to resolve this difficulty in characterization, as was the case in *N.T.C. Smokehouse*, is by addressing both possible characterizations of the appellants' claim. This judgment will thus consider first, whether the appellants can demonstrate that the Heiltsuk Band has an aboriginal right to exchange herring spawn on kelp for money or other goods and will then go on to consider, second, whether the appellants have demonstrated the further aboriginal right of the Heiltsuk Band to sell herring spawn on kelp to the commercial market

25 The second step in the *Van der Peet* test requires the Court to determine whether the practice, custom or tradition claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the particular aboriginal people in question. The Court must thus, as has just been noted, determine in this

visées par le par. 35(1). Il ne sert à rien d'établir que les appelants possèdent un droit ancestral si ce droit n'englobe pas l'activité concrète à laquelle ils s'adonnaient. Cette étape de l'analyse établie dans *Van der Peet* fait en sorte que l'examen de notre Cour est adapté à l'activité concrète exercée par les appelants.

Dans la présente affaire, tout comme dans *N.T.C. Smokehouse*, des problèmes risquent de se poser à l'étape de la caractérisation. Il semble que, comme dans le cas des actes des membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht dans *N.T.C. Smokehouse*, la meilleure façon de caractériser les actes des appelants est de considérer qu'il s'agit de l'exploitation commerciale de la rogue de hareng sur varech. Par contraste, comme il interdit complètement la vente ou l'échange de rogue de hareng sur varech qui n'a pas été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J, il convient de caractériser le règlement en vertu duquel les appelants ont été inculpés, à l'instar de celui en cause dans *N.T.C. Smokehouse*, de règlement visant l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, peu importe que l'ampleur ou l'étendue des activités de vente et d'échange puissent raisonnablement être caractérisées comme étant de nature commerciale. Comme dans *N.T.C. Smokehouse*, le moyen de résoudre ce problème de caractérisation réside dans l'examen des deux façons possibles de caractériser la revendication des appelants. Aussi, dans le présent jugement, se demandera-t-on, dans un premier temps, si les appelants sont en mesure de démontrer que la bande des Heiltsuk possède le droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, et, dans un deuxième temps, si les appelants ont fait la preuve que la bande des Heiltsuk a aussi le droit ancestral de vendre ce produit sur le marché commercial.

Conformément à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si la coutume, pratique ou tradition qui, prétend-on, est un droit ancestral faisait, avant le contact avec les Européens, partie intégrante de la société autochtone distinctive du groupe particulier d'autochtones en cause. En l'espèce, notre Cour

case whether the exchange of herring spawn on kelp for money or other goods, and/or the sale or trade of herring spawn on kelp in the commercial marketplace, were, prior to contact, defining features of the distinctive culture of the Heiltsuk.

The facts as found by the trial judge, and the evidence on which he relied, support the appellants' claim that exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk prior to contact. Moreover, those facts support the appellants' further claim that the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk. In his reasons Lemiski Prov. Ct. J. summarized his findings of fact as follows:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie [sic] dated 1793 refers to this trade and the defence lead [sic] evidence of several other references to such trade.

The Crown conceded that there may have been some incidental local trade but questions its extent and importance. The very fact that early explorers and visitors to the Bella Bella region noted this trading has to enhance its significance. All the various descriptions of this trading activity are in accord with common sense expectations. Obviously one would not expect to see balance sheets and statistics in so primitive a time and setting. [Emphasis added.]

There was extensive evidence presented at trial to support Lemiski Prov. Ct. J.'s findings. In the journal of Alexander Mackenzie, referred to by the trial judge, is the following entry from 1793:

doit donc décider, comme je viens de l'indiquer, si l'échange de rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens, ou encore si la vente ou l'échange de ce produit sur le marché commercial étaient, avant le contact avec les Européens, des caractéristiques déterminantes de la culture distinctive des Heiltsuk.

Les faits constatés par le juge du procès, ainsi ²⁶ que la preuve sur laquelle il s'est appuyé étayent la prétention des appelants que l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens. De plus, ces faits appuient aussi la thèse des appelants que l'échange de la rogue de hareng sur varech, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Dans ses motifs, le juge Lemiski de la Cour provinciale a résumé ainsi ses conclusions de fait:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu'il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la rogue de hareng sur varech comme source de nourriture. C'est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d'autres tribus. Le journal d'Alexander McKenzie [sic] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté dès éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le ministère public a concédé qu'il a pu y avoir certains échanges accessoires, mais il a mis en doute leur ampleur et leur importance. Le fait même que les premiers explorateurs et visiteurs de la région de Bella Bella aient noté ces échanges en accentue l'importance. Les diverses descriptions faites de ces activités d'échange concordent avec ce à quoi on peut logiquement s'attendre. Il va de soi que personne ne s'attend à trouver des bilans et des statistiques à une époque et en des lieux aussi primitifs. [Je souligne.]

Les conclusions du juge Lemiski sont fondées sur l'abondante preuve produite au procès. Dans le journal d'Alexander Mackenzie, dont a fait état le juge du procès, on lit le passage suivant datant de 1793:

The Indians who had caused us so much alarm, we now discovered to be inhabitants of the islands, and traders in various articles, such as cedar-bark, prepared to be wove [*sic*] into mats, fish-spawn, copper, iron, and beads, the latter of which they get on their own coast. For these they receive in exchange roasted salmon, hemlock-bark cakes, and the other kind made of salmon roes, sorrel, and bitter berries. [Emphasis added.]

Similarly, the journal of Dr. William Tolmie, a fur trader, includes the following entry for April 16, 1834:

From 15 to 20 large canoes of Wacash's people passed on their way to the Caughquil country — the canoes were laden with boxes, hampers &c filled with dried herring spawn, which they are to barter for Oolaghens — the covers of their boxes are fitted similarly to that of a bandbox — hampers small & twisted of cedar bark. [Emphasis added.]

The defence expert, Dr. Barbara Lane, whose testimony was accepted by the trial judge, said in her report on the culture of the Heiltsuk people:

Pacific herring spawn only in certain locations. Consequently, some native groups had access to quantities of spawn beyond their needs and others had access to little or no spawn. This partly explains the extensive trade in spawn among native groups along the coast. Tons of spawn were transported by canoe from districts with good spawning areas to places not so favored.

After the spawn was processed, flotillas of freight canoes carrying tons of spawn product travelled between districts carrying boxes and hampers. These canoes travelled for trading purposes from one tribe to another and were under the direction of their respective chiefs. [Emphasis added.]

All of this evidence supports the position of the appellants that, prior to contact, exchange and trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk.

[TRADUCTION] Nous avons découvert que les Indiens qui nous avaient causé tant d'inquiétude habitaient les îles et échangeaient divers articles tels que l'écorce de thuya, préparée en vue du tressage de nattes, les œufs de poisson, le cuivre, le fer et les billes décoratives, celles-ci étant recueillies sur leur propre côte. En retour, ils reçoivent du saumon grillé, des gâteaux d'écorce de proche, ainsi que l'autre sorte faite d'œufs de saumon, d'oseille et de shépherdie du Canada. [Je souligne.]

De même, le journal de William Tolmie, qui faisait la traite des fourrures, renferme l'inscription suivante datée du 16 avril 1834:

[TRADUCTION] Nous avons croisé de 15 à 20 grands canots transportant des Wacash en route vers le pays des Caughquil — les canots étaient chargés de boîtes, de paniers, etc., remplis d'œufs de hareng séchés, destinés à être échangés aux Oolaghens — les couvercles des boîtes sont fixés à la façon des couvercles des cartons à chapeau — les paniers sont petits et faits d'écorce de thuya tressée. [Je souligne.]

L'expert cité par la défense, Barbara Lane, dont le témoignage a été accepté par le juge du procès, a déclaré ceci dans son rapport sur la culture des Heiltsuk:

[TRADUCTION] Le hareng du Pacifique fraie seulement dans certains endroits. Par conséquent, alors que certains groupes autochtones avaient accès à des sources d'œufs qui dépassaient leurs besoins, d'autres groupes n'avaient que peu ou pas accès à cette ressource. Cela explique en partie les échanges importants d'œufs que pratiquaient entre eux les groupes autochtones le long de la côte. Des tonnes d'œufs étaient transportés par canot des districts riches en œufs aux lieux moins favorisés.

Après que les œufs avaient été traités, des flotilles de canots à marchandises transportant des tonnes d'œufs voyageaient d'un district à l'autre, chargés de boîtes et de paniers. Ces canots se déplaçaient, à des fins d'échanges, d'une tribu à l'autre, suivant les ordres des différents chefs. [Je souligne.]

Tous ces éléments de preuve étayaient la thèse des appelants que, avant le contact avec les Européens, l'échange de roque de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk.

In *Van der Peet*, at para. 62, this Court held that a claimant to an aboriginal right need not provide direct evidence of pre-contact activities to support his or her claim, but need only provide evidence which is "directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights". In *Van der Peet* this was described as the requirement of "continuity" — the requirement that a practice, custom or tradition which is integral to the aboriginal community now be shown to have continuity with the practices, customs or traditions which existed prior to contact. The evidence presented in this case, accepted by the trial judge and summarized above, is precisely the type of evidence which satisfies this requirement. The appellants have provided clear evidence from which it can be inferred that, prior to contact, Heiltsuk society was, in significant part, based on such trade. The Heiltsuk were, both before and after contact, traders of herring spawn on kelp. Moreover, while to describe this activity as "commercial" prior to contact would be inaccurate given the link between the notion of commerce and the introduction of European culture, the extent and scope of the trading activities of the Heiltsuk support the claim that, for the purposes of s. 35(1) analysis, the Heiltsuk have demonstrated an aboriginal right to sell herring spawn on kelp to an extent best described as commercial. The evidence of Dr. Lane, and the diary of Dr. Tolmie, point to trade of herring spawn on kelp in "tons". While this evidence relates to trade post-contact, the diary of Alexander Mackenzie provides the link with pre-contact times; in essence, the sum of the evidence supports the claim of the appellants that commercial trade in herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk prior to contact.

Dans *Van der Peet*, au par. 62, notre Cour a décidé que la personne qui revendique un droit ancestral n'a pas à produire de preuve directe d'activités antérieures au contact avec les Européens pour appuyer sa revendication, mais seulement une preuve qui «tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens». Dans *Van der Peet*, la notion de «continuité» a été utilisée pour définir cette exigence — savoir l'obligation de démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante aujourd'hui de la culture distinctive de la collectivité autochtone marque une continuité avec des coutumes, pratiques ou traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. La preuve présentée en l'espèce, acceptée par le juge du procès et résumée précédemment est précisément le type de preuve qui satisfait à cette exigence. Les appelants ont fourni une preuve claire, qui permet d'inférer que, avant le contact avec les Européens, la société heiltsuk comptait, dans une large mesure, sur ce type d'échanges. Les Heiltsuk, tant avant qu'après le contact avec les Européens, échangeaient la roque de hareng sur varech. De plus, bien qu'il ne serait pas exact de qualifier cette activité de «commerciale», étant donné le lien entre la notion de commerce et l'introduction de la culture européenne, l'ampleur et la portée des activités d'échange des Heiltsuk étayent la prétention que, aux fins de l'analyse fondée sur le par. 35(1), les Heiltsuk ont démontré l'existence d'un droit ancestral de vendre de la roque de hareng sur varech sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale. Le témoignage de M^{me} Lane et le journal de M. Tolmie font état d'échanges de roque de hareng sur varech mesurables en «tonnes». Quoique cette preuve concerne les échanges postérieurs au contact avec les Européens, le journal d'Alexander Mackenzie établit le lien avec l'époque qui a précédé. Essentiellement, l'ensemble de la preuve étaye la prétention des appelants que l'échange de roque de hareng sur varech faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens.

I would note that the significant difference between the situation of the appellants in this case, and the appellants in *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse*, lies in the fact that for the Heiltsuk Band trading in herring spawn on kelp was not an activity taking place as an incident to the social and ceremonial activities of the community; rather, trading in herring spawn on kelp was, in itself, a central and significant feature of Heiltsuk society. In *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse* the findings of fact at trial suggested that whatever trade in fish had taken place prior to contact was purely incidental to the social and ceremonial activities of the aboriginal societies making the claim; here the evidence suggests that trade in herring spawn on kelp was not an incidental activity for the Heiltsuk but was rather a central and defining feature of Heiltsuk society.

Extinguishment, Infringement and Justification

The appellants have demonstrated that they were acting pursuant to an aboriginal right to trade herring spawn on kelp on a commercial basis. I will therefore turn to the other three stages of the *Sparrow* analysis, that is, to the questions of whether the right under which the appellants were acting has been extinguished, whether that right was infringed by the actions of the government and, finally, whether that infringement was justified.

Extinguishment

The test for determining when an aboriginal right has been extinguished was laid out by this Court in *Sparrow*. Relying on the judgment of Hall J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Court in *Sparrow* held at p. 1099 that "[t]he test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right". Further, the Court held that the mere fact that a right had, in the past, been regulated by the government, and its exercise subject to various terms and conditions, was not suffi-

Je tiens à souligner que la différence importante qui existe entre la situation des appelants en l'espèce et celle des appelants dans les arrêts *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse* est le fait que, dans le cas des Heiltsuk, l'échange de rogue de hareng sur varech n'était pas une activité accessoire des activités sociales et rituelles de la collectivité. Ces échanges étaient, en soi, une caractéristique fondamentale et importante de la société heiltsuk. Dans les arrêts *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, les conclusions de fait tirées au procès tendaient à indiquer que, quelle que soit la nature des échanges de poisson ayant été pratiqués avant le contact avec les Européens, ceux-ci étaient purement accessoires aux activités sociales et rituelles des sociétés autochtones qui revendiquaient le droit, alors qu'en l'espèce la preuve semble indiquer que les échanges de la rogue de hareng sur varech n'étaient pas une activité accessoire de la bande des Heiltsuk, mais plutôt une caractéristique fondamentale et importante de la société heiltsuk.

Extinction, violation et justification

Les appelants ont démontré qu'ils avaient agi en vertu d'un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale. J'en arrive donc aux trois autres volets de l'analyse établie dans *Sparrow*, c'est-à-dire l'examen des questions de savoir si le droit invoqué par les appelants a été éteint, s'il y a été porté atteinte par les actions de l'État et, dans l'affirmative, si cette atteinte était justifiée.

Extinction

Le critère permettant de déterminer si un droit ancestral a été éteint a été formulé par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, s'appuyant sur les motifs du juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, elle a dit ceci dans *Sparrow*, à la p. 1099: «[L]e critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse». En outre, la Cour a conclu que le seul fait que, dans le passé, un droit a été réglementé par l'État et que son exercice a été assujéti à diverses conditions, n'était pas

cient to extinguish the right. The argument that it did so (*Sparrow*, at p. 1097)

confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished.

The regulations relied on by the Crown in that case were, the Court held at p. 1099, "simply a manner of controlling the fisheries, not defining underlying rights".

The reasoning used to reject the Crown's argument in *Sparrow* applies equally to the Crown's argument in this case. To understand why this is so it will be necessary to review the legislation relied upon by the Crown in its argument that the Heiltsuk's right to harvest herring spawn on kelp on a commercial basis was extinguished prior to 1982.

There are two types of legislative action relied upon by the Crown: the provisions of the *Fisheries Act* which, prior to 1955, prohibited the destruction of the "fry of food fishes", and the provisions of the Fisheries regulations relating directly to the herring spawn fishery. The former are exemplified by s. 39 of the *Fisheries Act* of 1927 which stated that "The fry of food fishes shall not be at any time destroyed"; identical provisions existed in the 1932 and 1952 *Fisheries Acts*. The latter first appeared in 1955. In 1955 the 1954 *British Columbia Fishery Regulations* were amended by SOR/55-260, s. 3, by the addition of a new s. 21A:

21A. No person shall take or collect by any means herring, eggs from herring spawning areas, and no person shall buy, sell, barter, process or traffic in herring eggs so taken; but an Indian may at any time take or collect herring eggs from spawning areas for use as food by Indians and their families but for no other purpose.

suffisant pour éteindre ce droit. L'argument voulant que le droit ait été éteint (*Sparrow*, à la p. 1097)

confond [...] la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.

Le règlement invoqué par le ministère public dans cette affaire constituait, de conclure la Cour, à la p. 1099, «simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents».

Le raisonnement qui a mené au rejet de l'argument du ministère public dans l'arrêt *Sparrow* s'applique également à son argument dans le présent pourvoi. Afin de comprendre pourquoi il en va ainsi, il sera nécessaire d'étudier la législation invoquée par le ministère public au soutien de son argument que le droit de récolter de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale a été éteint avant 1982.

Le ministère public invoque deux types de mesures législatives: les dispositions de la *Loi sur les pêcheries* qui, avant 1955, interdisaient la destruction du «frai du poisson comestible» et celles des règlements de pêche qui touchent directement la récolte des oeufs de hareng. Un exemple du premier type de dispositions est l'art. 39 de la *Loi sur les pêcheries* de 1927 qui prévoyait ceci: «Le frai du poisson comestible ne doit jamais être détruit»; dans ses versions de 1932 et de 1952, cette loi comportait des dispositions identiques. Les premières mesures du deuxième type remontent à 1955, année au cours de laquelle le *Règlement de pêche de la Colombie-Britannique* de 1954 a été modifié par DORS/55-260, art. 3, par insertion d'une nouvelle disposition, l'art. 21A:

21 A. Il est interdit de prendre ou de recueillir par un moyen quelconque des œufs de hareng dans les zones de fraye, et il est interdit d'acheter, de vendre, de troquer, de traiter les œufs de hareng ainsi pris ou d'en faire le commerce. Toutefois, un Indien peut en tout temps prendre ou recueillir des œufs de hareng dans les zones de fraye comme nourriture pour les Indiens et leur famille, mais pour aucune autre fin.

32

33

Similar prohibitions on the harvest and sale of herring spawn continued until 1974 (SOR/74-50, s. 9). At that time the section was amended so that the provision read

21A (1) Subject to subsection (2), no person shall, except by written permission of the Regional Director, by any means take or collect herring eggs from herring spawning areas, or buy, sell, barter, process or traffic in herring eggs so taken.

(2) An Indian may at any time take or collect herring eggs from herring spawning areas for use as food for himself and his family (SOR/72-417, s. 7).

This regulatory scheme remained in place until 1980 when the provision (which had been transferred to s. 17 of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, C.R.C., c. 825) was amended by SOR/80-876, s. 8 to read

17. No person shall

(a) take or collect herring roe except under authority of a licence issued pursuant to the *Pacific Fishery Registration and Licensing Regulations*; or

(b) possess herring roe unless it was so taken or collected.

According to the submissions of the Crown, no further modifications to this regulatory scheme took place prior to the enactment of the *Constitution Act, 1982*.

34

None of these regulations, when viewed individually or as a whole, can be said to express a clear and plain intention to extinguish the aboriginal rights of the Heiltsuk Band. While to extinguish an aboriginal right the Crown does not, perhaps, have to use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights, it must demonstrate more than that, in the past, the exercise of an aboriginal right has been subject to a regulatory scheme. In this instance, the regulations and legislation regulating the herring spawn on kelp fishery prior to 1982 do not demonstrate any consistent intention on the part of the Crown. At various times prior to 1982 aboriginal peoples have been entirely prohibited from harvesting herring spawn

Des interdictions analogues visant la récolte et la vente d'œufs de hareng sont restées en vigueur jusqu'en 1974 (DORS/74-50, art. 9), date à laquelle cet article a été modifié ainsi:

21A. (1) Sous réserve des dispositions du paragraphe (2), il est interdit, si ce n'est avec la permission écrite du directeur régional, de prendre ou de recueillir par un moyen quelconque des œufs de hareng dans les zones de frayé ou d'acheter, de vendre, de troquer, de traiter les œufs de hareng ainsi pris ou d'en faire le commerce.

(2) Un Indien peut en tout temps prendre ou recueillir des œufs de hareng dans les zones de frai du hareng, comme nourriture pour lui-même et sa famille (DORS/72-417, art. 7).

Ce régime de réglementation est resté en place jusqu'en 1980, où le texte (devenu entre-temps l'art. 17 du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, C.R.C., ch. 825) a été modifié ainsi par DORS/80-876, art. 8:

17. Il est interdit à quiconque

a) de prendre ou de recueillir de quelque façon que ce soit de la roque de hareng, à moins que ce produit soit pris en vertu d'un permis délivré selon le *Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique*; ou

b) d'avoir en sa possession de la roque de hareng à moins de l'avoir prise ou recueillie selon ledit permis.

D'après les observations du ministère public, ce régime de réglementation est resté inchangé jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est impossible d'affirmer que, individuellement ou collectivement, ces diverses dispositions réglementaires expriment une intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux de la bande des Heiltsuk. Même si, pour éteindre un droit ancestral, il n'est peut-être pas nécessaire que le gouvernement utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux, le ministère public ne doit pas se borner à démontrer que, dans le passé, l'exercice d'un droit ancestral a été réglementé. Dans le présent cas, les dispositions réglementaires et législatives qui régissaient la récolte de la roque de hareng sur varech avant 1982 ne témoignent pas d'une intention constante de l'État. Avant 1982, les peuples autochtones se

on kelp, allowed to harvest herring spawn on kelp for food only, allowed to harvest herring spawn on kelp for sale with the written permission of the regional director and allowed to take herring roe pursuant to a licence granted under the *Pacific Fishery Registration and Licensing Regulations*. Such a varying regulatory scheme cannot be said to express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal rights of the appellants and of the Heiltsuk Band. As in *Sparrow*, the Crown has only demonstrated that it controlled the fisheries, not that it has acted so as to delineate the extent of aboriginal rights.

The Crown also argued, however, that even if the regulations do not extinguish the appellants' aboriginal rights, their rights were extinguished by the enactment of Order in Council, P.C. 2539, of September 11, 1917. Regulation 2539 reads as follows:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their practice of catching salmon they have been permitted to do so for their own food purposes only, and to this end subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for British Columbia provides as follows: —

"2. Indians may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for themselves and their families, but for no other purpose; but no Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved."

sont vu successivement interdire complètement de récolter de la roque de hareng sur varech, permettre de le faire mais à des fins alimentaires seulement, autoriser à le faire avec la permission écrite du directeur régional et, enfin, autoriser à le faire en vertu d'un permis délivré sous le régime du *Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique*. Il n'est pas possible d'affirmer qu'un régime de réglementation aussi changeant exprime une intention claire et exprime d'abolir les droits ancestraux des appellants et de la bande des Heiltsuk. Comme dans *Sparrow*, le ministère public a tout au plus démontré que l'État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l'étendue des droits ancestraux.

Cependant, le ministère public a également prétendu que, même si les règlements n'ont pas eu pour effet d'éteindre les droits ancestraux des appelants, ces droits ont été éteints par suite de la prise du décret C.P. 2539 du 11 septembre 1917, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il leur a été, permis de le faire pour se nourrir seulement; et, à cette fin, le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique prévoit ce qui suit: —

«2. Les Indiens, avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé; toutefois, nul Indien ne doit faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.»

And whereas notwithstanding this concession, great difficulty is being experienced in preventing the Indians from catching salmon in such waters for commercial purposes and recently, an Indian was convicted before a local magistrate for a violation of the above quoted regulation, the evidence being that he had been found fishing and subsequently selling fish. The case was appealed and the decision of the magistrate reversed, it being held that there was no proof that the fish caught by the Indian were those sold by him;

And whereas it is further represented that it is practically impossible for the Fishery Officers to keep fish that may be caught by the Indians in non-tidal waters, ostensibly for their own food purposes, under observation from the time they are caught until they are finally disposed of in one way or another;

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

Subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, adopted by Order in Council of the 9th February, 1915, is hereby rescinded, and the following is hereby enacted and substituted in lieu thereof: —

"2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose. The Chief Inspector of Fisheries shall have the power in any such permit (a) to limit or fix the area of the waters in which such fish may be caught; (b) to limit or fix the means by which, or the manner in which such fish may be caught, and (c) to limit or fix the time in which such permission shall be operative. An Indian shall not fish for or catch fish pursuant to the said permit except in the waters by the means or in the manner and within the time limit expressed in the said permit, and any fish caught pursuant to any such permit shall not be sold or other-

Et attendu que, en dépit de cette concession, il est très difficile d'empêcher les Indiens de pêcher le saumon à des fins commerciales dans ces eaux et que, récemment, un Indien a été déclaré coupable par un magistrat local d'une infraction au règlement précité, la preuve ayant établi qu'il avait pêché et ensuite vendu le poisson capturé. L'affaire a été portée en appel et la décision du magistrat infirmée, le tribunal statuant qu'il n'y avait aucune preuve que les poissons pris par l'Indien étaient ceux qu'il avait vendus;

Et attendu qu'on fait aussi valoir qu'il est pratiquement impossible pour les surveillants des pêches d'observer constamment le poisson qui a pu être pris par les Indiens dans les eaux sans marée, apparemment pour leur propre alimentation, depuis le moment où il est pris jusqu'à celui où il en est disposé définitivement, d'une manière ou d'une autre;

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que ce règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la Loi sur les pêcheries, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit: —

Le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique, pris par décret daté du 9 février 1915, est par les présentes abrogé et remplacé par ce qui suit:

«2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé. L'inspecteur des pêcheries a le pouvoir dans le permis délivré à cet effet: a) de délimiter ou de fixer l'étendue des pêcheries où il est permis de pêcher; b) d'indiquer ou de prescrire les procédés de pêche; enfin c) de déterminer l'époque où ce permis devient effectif. Les Indiens n'ont pas le droit de capturer les espèces de poisson spécifiées, si ce n'est dans les eaux, d'après le procédé, et à l'époque prescrite dans ce permis, et ils ne peuvent ni les vendre ni en disposer autrement;

wise disposed of and a violation of the provisions of the said permit shall be deemed to be a violation of these regulations..." [Emphasis added.]

The language of the Regulation suggests that the government had two purposes in enacting the amendment to the existing scheme: first, the government wished to ensure that conservation goals were met so that salmon reached their "spawning grounds"; second, the government wished to pursue those goals in a manner which would ensure that the special protection granted to the Indian food fishery would continue. The government attempted to meet these goals by making it clear that no special protection was being granted to the Indian commercial fishery and that, instead, the Indian commercial fishery would be subject to the general regulatory system governing commercial fishing in the province.

Under the *Sparrow* test for extinguishment, this Regulation cannot be said to have extinguished the aboriginal right to fish commercially held by the appellants in this case. The government's purpose was to ensure that conservation goals were met, and that the Indian food fishery's special protection would continue; its purpose was not to eliminate aboriginal rights to fish commercially. It is true that through the enactment of this regulation the government placed aboriginal rights to fish commercially under the general regulatory scheme applicable to commercial fishing, and therefore did not grant the aboriginal commercial fishery special protection of the kind given to aboriginal food fishing; however, the failure to recognize an aboriginal right, and the failure to grant special protection to it, do not constitute the clear and plain intention necessary to extinguish the right.

That the government did not in fact have this intention becomes clear when one looks at the general regulatory scheme of which this Regulation is one part. First, aboriginal people were not prohibited, and have never been prohibited since the scheme was introduced in 1908, from obtaining

toutes violations des dispositions du permis constituent une infraction à ces règlements ...» [Je souligne.]

Le texte du règlement tend à indiquer que le gouvernement visait deux objectifs en modifiant le régime existant: premièrement, il désirait assurer la réalisation d'objectifs de conservation, de sorte que les saumons puissent atteindre leurs «frayères»; deuxièmement, il désirait poursuivre ces objectifs de manière à assurer le maintien de la protection spéciale accordée à la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires. Le gouvernement a tenté d'atteindre ces objectifs en établissant clairement qu'aucune protection spéciale n'était accordée aux activités de pêche commerciale des Indiens, mais qu'au contraire ces activités seraient assujetties au régime général de réglementation de la pêche commerciale dans la province.

Selon le critère formulé dans *Sparrow*, relative-³⁶ ment à l'extinction, il est impossible d'affirmer que le règlement a éteint le droit ancestral de pêche commerciale détenu par les appelants en l'espèce. L'objectif du gouvernement était d'assurer la réalisation d'objectifs de conservation et de maintenir la protection spéciale dont bénéficiait la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires. L'objectif du gouvernement n'était pas d'éliminer les droits ancestraux de pêche commerciale. Il est vrai que, par la prise de ce règlement, le gouvernement a assujetti les droits ancestraux de pêche commerciale au régime général de réglementation applicable à la pêche commerciale, et qu'il n'a en conséquence pas accordé à la pêche commerciale des autochtones une protection spéciale du genre de celle accordée aux activités de pêche pratiquées par ceux-ci à des fins alimentaires. Cependant, le fait de ne pas reconnaître à un droit la qualité de droit ancestral et de ne pas lui accorder une protection spéciale ne constituent pas l'intention claire et expresse requise pour éteindre le droit en question.

Il ressort clairement de l'examen du régime général de réglementation dans lequel s'inscrit ce règlement que telle n'était pas l'intention du gouvernement. Premièrement, il n'était pas interdit aux autochtones, et il ne leur a d'ailleurs jamais été interdit depuis l'établissement du régime en 1908,

licences to fish commercially under the regulatory scheme applicable to commercial fishing. Second, and more importantly, the government has, at various times, given preferences to aboriginal commercial fishing. For example, the government has provided for greatly reduced licensing fees for aboriginal fishers and has attempted to encourage aboriginal participation in the commercial fishery. I would note the statistics cited by the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and British Columbia Wildlife Federation to the effect that, in 1929, of the 13,860 commercial salmon licences issued 3,632 were held by aboriginal people and that, during and after World War II, there was a "substantial fleet of Indian-owned and operated seine boats, as well as gill-netters and trollers". The interveners assert that, today, aboriginal participation in the commercial fishery is at a considerably higher percentage than the percentage of aboriginal people in the population as a whole. Such substantial encouragement of the aboriginal commercial fishery is not, in my view, consistent with the assertion that through enacting a Regulation aimed at ensuring conservation of the fishery in a manner which continues the special protection given to the aboriginal food fishery, the government had the clear and plain intention to extinguish the aboriginal rights to fish commercially held by some aboriginal peoples in the province.

d'obtenir des permis de pêche commerciale en vertu du régime de réglementation applicable à ce type de pêche. Deuxièmement, fait encore plus important, le gouvernement a, à divers moments, pris des mesures préférentielles en faveur de la pêche commerciale autochtone. Par exemple, le gouvernement a réduit considérablement le montant des droits payables par les pêcheurs autochtones pour obtenir un permis et il a tenté d'encourager leur participation à la pêche commerciale. Je tiens à mentionner les statistiques citées par les intervenantes British Columbia Fisheries Survival Coalition et British Columbia Wildlife Federation: en 1929, les autochtones détenaient 3 632 des 13 860 permis de pêche commerciale du saumon délivrés; pendant et après la Seconde Guerre mondiale, il existait [TRADUCTION] «une importante flotte de senneurs, de bateaux pour la pêche au filet à maille et de bateaux pour la pêche à la traîne appartenant à des Indiens et exploités par eux». Ces intervenantes soutiennent que, de nos jours, la participation autochtone à la pêche commerciale représente un pourcentage considérablement plus élevé que celui des autochtones au sein de l'ensemble de la population. À mon avis, cet encouragement important en faveur de la pêche commerciale autochtone ne concorde pas avec l'affirmation que, en prenant un règlement de pêche visant des objectifs de conservation, de manière à maintenir la protection spéciale accordée à la pêche pratiquée par les autochtones à des fins alimentaires, le gouvernement avait l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux de pêche commerciale détenus par certains peuples autochtones dans la province.

38

Finally, I would note that the Regulation is of an entirely different nature than the document relied on for a finding of extinguishment in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 933, (*per* Cory J.) and *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 46 (*per* Cory J.). Section 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* (NRTA), the provision at issue in those cases, is a provision in a constitutional document, the enactment of which provides for a permanent settlement of the legal rights of the aboriginal groups to whom it applies. The Regulation, by contrast, was merely a statutory document

Enfin, je tiens à préciser que la nature de ce règlement est tout à fait différente de celle du document sur lequel notre Cour s'est fondée pour conclure à l'extinction dans les arrêts *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 933 (le juge Cory), et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 46 (le juge Cory). L'article 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Convention) — disposition contestée dans ces affaires — est une disposition faisant partie d'un document constitutionnel qui pourvoit au règlement permanent des droits juridiques des groupes autochtones

dealing with an immediate conservation concern and was subject to amendment through nothing more elaborate than the normal legislative process. The NRTA was aimed at achieving a permanent clarification of the province's legislative jurisdiction and of the legal rights of aboriginal peoples within the province; the Regulation was aimed at dealing with the immediate problems caused by the fact that an insufficient number of salmon were reaching their spawning grounds. The intention of the government in enacting the Regulation must, as a consequence, be viewed quite differently from its intention in enacting the NRTA, with the result that while the NRTA can be seen as evincing the necessary clear and plain intention to extinguish aboriginal rights to hunt commercially in the province to which it applies, the Regulation cannot be seen as evincing the necessary clear and plain intention to extinguish aboriginal rights to fish commercially in British Columbia.

Infringement

Sparrow also lays out the test for determining whether or not the government has infringed the aboriginal rights of the appellants (at pp. 1111-12):

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

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1) certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

auxquels il s'applique. À l'opposé, le règlement était uniquement un texte législatif portant sur des préoccupations immédiates en matière de conservation, qui pouvait être modifié tout simplement par recours au processus législatif. La Convention visait à clarifier de façon permanente la compétence législative de la province ainsi que les droits juridiques des peuples autochtones au sein de la province. Le règlement visait plutôt à régler les problèmes immédiats causés par le fait qu'il n'y avait pas suffisamment de saumons qui atteignaient les frayères. Il faut en conséquence considérer que, en prenant le règlement, le gouvernement avait une intention tout à fait différente de celle qu'il avait en édictant la Convention. Il s'en suit donc que bien qu'il soit possible de considérer que la Convention atteste l'intention claire et expresse requise pour éteindre les droits ancestraux de chasse commerciale dans la province où elle s'applique, le règlement ne fait pas de même à l'égard des ancestraux de pêche commerciale en Colombie-Britannique.

Atteinte

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a aussi énoncé le critère permettant de déterminer si l'État a porté atteinte aux droits ancestraux des appelants (aux pp. 1111 et 1112):

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

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

The test as laid out in *Sparrow* is determined to a certain extent by the factual context in which it was articulated; the Court must take into account variations in the factual context of the appeal which affect the application of the test.

40

At the infringement stage, the primary distinction between the factual context of *Sparrow*, and the context of this appeal, is that the regulation impugned in *Sparrow* — a net length restriction — was challenged independently of the broader fisheries management scheme of which it was a part. In this case, while the appellants' constitutional challenge is focused on a single regulation — s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* — the scope of the challenge is much broader than the terms of s. 20(3). The appellants' arguments on the points of infringement and justification effectively impugn the entire approach taken by the Crown to the management of the herring spawn on kelp fishery.

41

The fact that the appellants' challenge to the legislation is broader than that of the appellant in *Sparrow* arises from the difference in the nature of the regulation being challenged. Restrictions on net length have an impact on an individual's ability to exercise his or her aboriginal rights, and raise conservation issues, which can be subject to constitutional scrutiny independent of the broader regulatory scheme of which they are a part. The Category J licence requirement, on the other hand, cannot be scrutinized for the purposes of either infringement or justification without considering the entire regulatory scheme of which it is a part. The requirement that those engaged in the commercial fishery have licences is, as will be discussed in more detail below, simply a constituent part of a larger regulatory scheme setting the amount of herring that can be caught, the amount of herring allotted to the herring spawn on kelp fishery and the allocation of herring spawn on kelp amongst different users of the resource. All the aspects of this regulatory scheme potentially infringe the rights of the appellants in this case; to consider s. 20(3) apart from this broader regulatory

Comme le critère énoncé dans cet arrêt est, dans une certaine mesure, fonction du contexte factuel dans lequel il a été formulé, notre Cour doit, selon les pourvois, tenir compte des différences factuelles qui influent sur l'application du critère.

Quant au volet relatif à l'atteinte, la distinction principale entre le contexte factuel de l'affaire *Sparrow* et celui de la présente espèce est que le règlement attaqué dans la première — la limitation de la longueur des filets — l'a été indépendamment du régime global de gestion de la pêche dont il faisait partie. En l'espèce, même si la contestation constitutionnelle des appelants vise une seule mesure réglementaire — le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* — la portée de cette contestation dépasse largement le texte de ce paragraphe. Les arguments des appelants en ce qui concerne l'atteinte et la justification mettent effectivement en cause l'ensemble de la politique de l'État en matière de gestion de la récolte de la rogue de hareng sur varech.

Le fait que la contestation de la législation présentée par les appelants ait une portée plus large que celle présentée par l'appellant dans *Sparrow* découle de la différence de nature entre les règlements attaqués. Les restrictions imposées à la longueur des filets ont un effet sur la capacité d'une personne d'exercer ses droits ancestraux et soulèvent des questions de conservation qui peuvent faire l'objet d'un examen constitutionnel, indépendamment du régime global de réglementation dont elles font partie. En revanche, l'obligation d'obtenir un permis de catégorie J ne peut pas être examinée, à l'étape de l'atteinte ou de la justification, sans prise en considération de l'ensemble du régime de réglementation dans lequel elle s'inscrit. L'obligation pour ceux qui pratiquent la pêche commerciale de détenir un permis est, comme nous le verrons de manière plus approfondie plus loin, simplement un élément constitutif d'un régime global de réglementation qui fixe la quantité de hareng pouvant être prise, la quantité de hareng attribuée à la récolte de rogue de hareng sur varech et la répartition de cette récolte entre les divers usagers de la ressource. Comme tous les

scheme for the herring fishery would distort the Court's inquiry.

The significance of this difference for the *Sparrow* test is that the questions asked by this Court in *Sparrow* must, in this case, be applied not simply to s. 20(3) but also to the other aspects of the regulatory scheme of which s. 20(3) is one part. In order to do this it will be necessary to consider, in some detail, the regulatory scheme being challenged by the appellants in this case. Before doing so, however, I have one further comment with regards to the test for infringement laid out by this Court in *Sparrow*.

The *Sparrow* test for infringement might seem, at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants' rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and "undue" hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. 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. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

aspects de ce régime de réglementation sont susceptibles de porter atteinte aux droits des appelants dans la présente espèce, étudier le par. 20(3) isolément de ce régime global de réglementation de la pêche au hareng fausserait l'examen de notre Cour.

L'importance de cette différence pour ce qui concerne l'application du critère établi dans *Sparrow* est que les questions formulées par notre Cour dans cet arrêt doivent en l'espèce être posées à l'égard non seulement du par. 20(3), mais également des autres aspects du régime de réglementation dont ce paragraphe fait partie. À cette fin, il est nécessaire d'examiner assez en détail le régime de réglementation contesté par les appelants dans le présent pourvoi. Toutefois, avant de commencer cet examen, je tiens à faire une autre remarque sur le critère relatif à l'atteinte établi par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*.

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

42

43

44 I now turn to the regulatory scheme challenged by the appellants in this case. I will consider this scheme both as it exists now and in terms of its historical development. The reason for this is that some aspects of the scheme challenged by the appellants go back to the introduction of the commercial herring spawn on kelp fishery in the early 1970s; as such, in order to scrutinize those aspects it is necessary to consider the regulation of the herring fishery from its inception.

45 The commercial herring spawn on kelp and herring roe fisheries, in the form in which they exist today, developed in British Columbia in the early 1970s. Prior to that time herring was exploited primarily for the purpose of reducing the fish to oil. The shift in the use of the herring fishery resulted from a confluence of factors; in particular, extensive overfishing had radically depleted the herring stock (in 1965 the reduction fishery was shut down indefinitely) in response to which the Department of Fisheries and Oceans shifted from a policy of taking the maximum sustainable yield of the herring stock each year to a policy of exploiting the herring fishery so as to maximize the economic and social benefits derived from that fishery for the people of Canada. As part of this policy shift the Department of Fisheries and Oceans encouraged the growth of a commercial herring spawn on kelp fishery. Because herring spawn on kelp is eaten as part of the traditional celebration of the new year in Japan, an export market for this product existed; the herring industry and the Department of Fisheries and Oceans believed that this market could be exploited lucratively.

46 From the time of the Department of Fisheries and Oceans' policy shift in the early 1970s, until 1982, the Department regulated the herring stock through the measurement of spawn escapement (the calculation of the number of eggs spawned in a given year). In 1982, this means for measuring and controlling the herring stock was modified; at that time the Department adopted a policy of estimating the size of the herring stock in each year and of setting the allowable catch at 20 per cent of

J'aborde maintenant l'examen du régime de réglementation contesté par les appelants en l'espèce. Je vais l'étudier tant en regard de sa forme actuelle que de son évolution historique, car certains aspects de ce régime remontent à l'implantation de la pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech au début des années 1970. Par conséquent, pour examiner ces divers aspects, il est nécessaire d'étudier la réglementation de la pêche au hareng depuis ses débuts.

La pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech et celle du hareng prêt à frayer, telles qu'elles existent aujourd'hui, ont commencé en Colombie-Britannique au début des années 1970. Auparavant, le hareng était exploité principalement pour la production d'huile. Le changement dans l'utilisation du hareng a résulté de la convergence de différents facteurs. De façon plus particulière, une surpêche généralisée avait eu pour effet d'épuiser radicalement les stocks de hareng (en 1965, la pêche pour la production d'huile a été fermée indéfiniment), amenant le ministère des Pêches et Océans à remplacer la politique du rendement équilibré annuel maximal des stocks de hareng par une politique d'exploitation du hareng propre à optimiser les retombées socio-économiques de cette pêche pour le Canada. Dans le cadre de cette réorientation de la politique, le ministère des Pêches et Océans a encouragé la croissance de la pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech. Comme cette denrée est consommée dans le cadre des festivités du nouvel an au Japon, il existait un marché d'exportation pour ce produit. L'industrie du hareng et le ministère des Pêches et Océans ont cru que ce marché pourrait être lucratif.

À compter du jour où le ministère des Pêches et Océans a changé de politique au début des années 1970 jusqu'en 1982, il a régulé les stocks de hareng en mesurant l'échappée (le calcul du nombre d'oeufs au cours d'une année donnée). En 1982, cette méthode de mesure et de contrôle des stocks de hareng a été modifiée. Le ministère a décidé d'appliquer une politique d'estimation annuelle des stocks de hareng et de fixer les prises permises à 20 pour 100 de ces stocks. La politique

that stock. The 1982 stock measurement and allotment policy has been subject to only one amendment since its adoption: in 1988 the Department of Fisheries and Oceans qualified the constant harvest rate of 20 per cent so as to allow for minimum spawn escapement.

It should be noted that the measurement of the herring stock is a problem of considerable difficulty. As the defence expert, Dr. Gary Vigers, noted

... in the real situation, fisheries management is full of uncertainty — from the inability to identify primary governing forces at each stage of recruitment, to subjective (but unintentional) sampling bias of fisheries officers observations ..., to extrapolation of assessments to entire populations. Each level of measurement has intrinsic errors which may be amplified at the next level of evaluation.

In my opinion, two major uncertainty factors that may defy quantification and are totally unaccounted for in the current methods of stock assessment are the predicted recruitment of eggs to larval populations, and the predicted recruitment of larval populations to juvenile populations. Examples abound to illustrate that hatching success of eggs is highly variable and affected by almost every physical factor conceivable in the nearshore environment....

The 20 per cent allotted herring catch is distributed by the Department to the various herring fisheries, with the herring roe fishery (where the eggs are extracted from the female fish prior to spawning) bearing the brunt of variations in the herring stock. The Department sets the herring spawn on kelp fishery at a constant level of 2,275 tons; other non-roe herring fisheries are, similarly, set at constant levels. The herring roe fishery, on the other hand, varies depending on the levels of the herring stock. The rationale for this allotment policy is that the herring roe fishery is agreed to be more destructive to the herring stock than the herring spawn on kelp and other herring fisheries; it is felt by the Department that, as such, the herring roe

d'évaluation et de répartition de 1982 n'a été modifiée qu'une fois depuis son adoption. En 1988, le ministère des Pêches et Océans a assorti le taux d'exploitation constant de 20 pour 100 d'une réserve conçue pour assurer une échappée minimale.

Il convient de noter que la mesure des stocks de hareng est une tâche ardue. Comme l'a fait observer Gary Vigers, l'expert cité par la défense:

[TRADUCTION]... dans la pratique, la gestion de la pêche est remplie d'incertitudes — incapacité de cerner les influencés dominantes à chaque stade du renouvellement des populations, biais du processus d'échantillonnage (quoique involontaire) dans les observations des agents des pêches [...], application d'estimations à des populations entières. À chaque étape de l'évaluation, il se produit des erreurs inhérentes qui peuvent être amplifiées à l'étape suivante.

À mon avis, deux facteurs d'incertitude importants, qui défient peut-être toute quantification et dont les méthodes actuelles d'évaluation des stocks ne tiennent aucunement compte, sont le taux de renouvellement prévu des populations de larves par les œufs et le taux de renouvellement prévu des populations de juvéniles par les larves. On peut citer nombre d'exemples pour montrer que le succès de l'éclosion des œufs est très variable et est influencé par pratiquement toutes les conditions naturelles imaginables du milieu à proximité du rivage...

Les prises de hareng permises — fixées à 20 pour 100 — sont réparties par le ministère entre les divers secteurs de la pêche au hareng, la pêche au hareng prêt à frayer (où les œufs sont extraits de la femelle avant le frai) supportant le gros des fluctuations des stocks de hareng. Le ministère limite la récolte de la rogue de hareng sur varech à un niveau constant de 2 275 tonnes; les autres secteurs sont aussi limités à des niveaux constants. En revanche, dans le cas de la pêche au hareng prêt à frayer, les niveaux sont fixés en fonction des stocks de hareng. La raison d'être de cette politique est que, de l'aveu général, cette pêche réduit davantage les stocks de hareng que la récolte de la rogue de hareng sur varech et les autres types de

fishery should be the fishery most responsive to fluctuations in the herring stock. The only year in which there was a significant drop in the herring stock was 1986. The decrease in the stock in that year resulted in the closure of the herring roe fishery; the amount of herring allotted to the herring spawn on kelp fishery was also reduced.

49 Commercial herring spawn on kelp licences were first issued in 1975. At that time, applicants "were told that priority would be given to applicants who have previous experience in catching and live holding herring and to residents of remote coastal communities" (Department of Fisheries report, "1975 Herring Spawn on Kelp Fishery"). In a 1985 briefing note prepared by the Department of Fisheries and Oceans, the Department stated that the initial issuance of licences in 1975 evaluated applicants "considering the individual's previous experience and knowledge of herring, area of residence and citizenship status and/or membership in Native Indian Band. Thirteen permits were issued, each allowing 6 tons of production".

50 In 1988, the year relevant to this appeal, the herring stock was estimated at 350,000 tons, of which 160,000 tons were "fishable". The total allocation for the herring fishery was 40,000 tons, of which 2,275 tons was allotted to the herring spawn on kelp fishery. Of that 2,275 tons, 224 tons was allotted to Category J licence holders. There were 28 such licences issued in 1988, each with an 8-ton quota. Of those 28 licences 16 were held by Native Indian bands. One was held by the Heiltsuk Band.

51 To summarize, the government's scheme for regulating the herring spawn on kelp fishery can be divided into four constituent parts: (1) the government determines the amount of the herring

pêches de ce poisson. Pour cette raison, le ministère estime que la pêche au hareng prêt à frayer est celle qui doit subir le plus les contrecoups des fluctuations des stocks de hareng. L'année 1986 a été la seule où l'on a observé une baisse importante des stocks de ce poisson. La diminution des stocks cette année-là a entraîné la fermeture de la pêche au hareng prêt à frayer. La part réservée à la récolte de rogue de hareng sur varech a elle aussi été réduite.

Les premiers permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech ont été délivrés en 1975. À ce moment-là, les demandeurs de permis [TRADUCTION] «se sont fait dire que la priorité serait donnée à ceux ayant de l'expérience dans la prise du hareng et la conservation de ce poisson en vivier, ainsi qu'aux résidents des collectivités riveraines éloignées» (rapport du ministère des Pêches, «1975 Herring Spawn on Kelp Fishery»). Dans une note d'information datée de 1985 et préparée par le ministère des Pêches et Océans, celui-ci a dit que, pour la délivrance initiale des permis en 1975, les demandeurs avaient été évalués [TRADUCTION] «en fonction de leur connaissance du hareng, de leur expérience de cette pêche, de leur lieu de résidence et de leur qualité de citoyen ou de membre d'une bande indienne. Treize permis ont été délivrés, chacun attribuant un contingent de production de 6 tonnes».

En 1988, année pertinente pour le présent pourvoi, les stocks de hareng ont été estimés à 350 000 tonnes, dont 160 000 tonnes dites «exploitables». Le contingent total de la pêche au hareng a été fixé à 40 000 tonnes, dont 2 275 tonnes ont été attribuées à la récolte de rogue de hareng sur varech. De ces 2 275 tonnes, 224 tonnes ont été réparties entre des titulaires de permis de catégorie J. Vingt-huit permis de ce type ont été délivrés en 1988, chacun se voyant accorder un contingent de huit tonnes. De ces 28 permis, 16 étaient détenus par des bandes indiennes, dont un par la bande des Heiltsuk.

En résumé, le régime gouvernemental de réglementation de la récolte de la rogue de hareng sur varech peut être divisé en quatre éléments constitutifs: (1) l'État détermine la proportion des stocks

stock that will be harvested in a given year; (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and, (4) the government allots the commercial herring spawn on kelp licences.

Because each of these constituent parts has a different objective, and each involves a different pattern of government action, at the stage of justification it will be necessary to consider them separately; however, at the infringement stage the government scheme can be considered as a whole. The reason for this is that at the infringement stage it is the cumulative effect on the appellants' rights from the operation of the regulatory scheme that the court is concerned with. The cumulative effect of the regulatory scheme on the appellants' rights is, simply, that the total amount of herring spawn on kelp that can be harvested by the Heiltsuk Band for commercial purposes is limited. Thus, in order to demonstrate that there has been a *prima facie* infringement of their rights, the appellants must simply demonstrate that limiting the amount of herring spawn on kelp that they can harvest for commercial purposes constitutes, on the basis of the test laid out in *Sparrow*, a *prima facie* interference with their aboriginal rights.

In light of the questions posed by this Court in *Sparrow*, it seems clear that the appellants have discharged their burden of demonstrating a *prima facie* interference with their aboriginal rights. Prior to the arrival of Europeans in North America, the Heiltsuk could harvest herring spawn on kelp to the extent they themselves desired, subject only to such limitations as were imposed by any difficulties in transportation, preservation and resource availability, as well as those limitations that they thought advisable to impose for the purposes of conservation; subsequent to the enactment of the regulatory scheme described above the Heiltsuk can harvest herring spawn on kelp for commercial purposes only to the limited extent allowed by the

de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, rogue de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'usagers (usagers commerciaux et Indiens pratiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la rogue de hareng sur varech.

Parce que chacun de ces éléments constitutifs vise un objectif différent et entraîne des mesures gouvernementales distinctes, il sera nécessaire, à l'étape de la justification, de les examiner séparément. Toutefois, à l'étape de l'atteinte, le régime gouvernemental de réglementation peut être étudié globalement car, à cette étape, c'est l'effet cumulatif de l'application du régime de réglementation sur les droits des appelants qui intéresse le tribunal. L'effet cumulatif du régime sur les droits des appelants est tout simplement que la quantité totale de rogue de hareng sur varech qui peut être récoltée par la bande des Heiltsuk à des fins commerciales est limitée. Par conséquent, pour établir qu'il y a atteinte à première vue de leurs droits, les appelants doivent simplement démontrer que la limitation de la quantité de rogue de hareng sur varech qui peut être récoltée à des fins commerciales constitue, selon le critère énoncé dans *Sparrow*, une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux.

52

Compte tenu des questions formulées par notre Cour dans *Sparrow*, il semble clair que les appelants se sont acquittés de la charge de démontrer une atteinte à première vue à leurs droits ancestraux. Avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les Heiltsuk pouvaient récolter autant de rogue de hareng sur varech qu'ils le désiraient, sous réserve uniquement des limitations découlant des problèmes de transport, de préservation et de disponibilité de la ressource, ainsi que des limitations qu'ils estimaient souhaitables de respecter à des fins de conservation. Par suite de l'établissement du régime de réglementation décrit précédemment, les Heiltsuk ne peuvent récolter que la quantité limitée de rogue de hareng sur varech à

53

government. To use the language of Cory J. in *R. v. Nikal*, *supra*, at para. 104, the government's regulatory scheme "clearly impinge[s]" upon the rights of the appellant and, as such, must be held to constitute a *prima facie* infringement of those rights.

Justification

54

In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. articulated a two-part test for determining whether government actions infringing aboriginal rights can be justified. First, the government must demonstrate that it was acting pursuant to a valid legislative objective (at p. 1113):

Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial.

Second, the government must demonstrate that its actions are consistent with the fiduciary duty of the government towards aboriginal peoples. This means, Dickson C.J. and La Forest J. held, that the government must demonstrate that it has given the aboriginal fishery priority in a manner consistent with this Court's decision in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 313, where Dickson J. (as he then was) held that the correct order of priority in the fisheries is "(i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing". Dickson C.J. and La Forest J. elaborated this priority requirement as follows, at p. 1116:

While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the

des fins commerciales autorisée par l'État. Pour reprendre les propos du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Nikal*, précité, au par. 104, le régime gouvernemental de réglementation «empiète[e] clairement» sur les droits des appelants et, de ce fait, doit être considéré comme portant atteinte à première vue à ces droits.

Justification

Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé un critère à deux volets permettant de déterminer si les actions de l'État qui portent atteinte aux droits ancestraux peuvent être justifiées. Premièrement, l'État doit démontrer qu'il a agi en vertu d'un objectif législatif régulier (à la p. 1113):

À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

Deuxièmement, l'État doit établir que ses actions sont compatibles avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Cela signifie, de conclure le juge en chef Dickson et le juge La Forest, que l'État doit prouver qu'il a accordé la priorité à la pêche autochtone, d'une manière conforme à l'arrêt de notre Cour *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, à la p. 313, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a statué que l'ordre de priorité à respecter en matière de pêche était le suivant: «(i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens». Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont explicité ainsi cette exigence quant à la priorité, à la p. 1116:

Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le

area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

Dickson C.J. and La Forest J. also held at p. 1119 that the Crown's fiduciary duty to aboriginal peoples would require the Court to ask, at the justification stage, such further questions as:

... whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented...

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

As was noted with regards to the question of infringement, the framework for analysing aboriginal rights laid out in *Sparrow* depends to a considerable extent on the legal and factual context of that appeal. In this case, where, particularly at the stage of justification, the context varies significantly from that in *Sparrow*, it will be necessary to revisit the *Sparrow* test and to adapt the justification test it lays out in order to apply that test to the circumstances of this appeal.

domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont en outre conclu, à la p. 1119, que compte tenu de l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones notre Cour devrait, à l'étape de la justification, examiner d'autres questions, notamment celles de:

... savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre...

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

Comme il a été noté à l'égard de la question de l'atteinte, l'application du cadre d'analyse des droits ancestraux établi dans *Sparrow*, est dans une large mesure fonction du contexte juridique et factuel de cet arrêt. Dans le présent pourvoi, particulièrement à l'étape de la justification, comme le contexte diffère considérablement de celui de l'affaire *Sparrow*, il sera nécessaire de réexaminer le critère établi dans cet arrêt et d'adapter le critère de la justification qui y est énoncé, afin de l'appliquer aux circonstances de l'espèce.

Two points of variation are of particular significance. First, the right recognized and affirmed in this case — to sell herring spawn on kelp commercially — differs significantly from the right recognized and affirmed in *Sparrow* — the right to fish for food, social and ceremonial purposes. That difference lies in the fact that the right at issue in *Sparrow* has an inherent limitation which the right recognized and affirmed in this appeal lacks. The food, social and ceremonial needs for fish of any given band of aboriginal people are internally limited — at a certain point the band will have sufficient fish to meet these needs. The commercial sale of the herring spawn on kelp, on the other hand, has no such internal limitation; the only limits on the Heiltsuk's need for herring spawn on kelp for commercial sale are the external constraints of the demand of the market and the availability of the resource. This is particularly so in this case where the evidence supports a right to exchange fish on a genuinely commercial basis; the evidence in this case does not justify limiting the right to harvest herring spawn on kelp on a commercial basis to, for example, the sale of herring spawn on kelp for the purposes of obtaining a "moderate livelihood". Even Lambert J.A., who used the moderate livelihood standard in dissent in the *R. v. Van derPeet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, did not so confine the rights of the appellants in this case, defining their right at para. 79 as the right to "harvest herring spawn deposited on kelp....for the purposes of trade in quantities measured in tons, subject only to the need for conservation of the resource". I do not necessarily endorse this characterization; however, it supports the basic point that the aboriginal right in this case is, unlike the right at issue in *Sparrow*, without internal limitation.

Deux points sur lesquels les contextes divergents présentent une importance particulière. Premièrement, le droit reconnu et confirmé dans la présente espèce — celui de vendre de la rogue de hareng sur varech commercialement — diffère considérablement du droit reconnu et confirmé dans *Sparrow* — celui de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Cette différence réside dans le fait que le droit en cause dans *Sparrow* comporte une limite intrinsèque qui est absente dans le cas du droit reconnu et confirmé visé dans le présent pourvoi. Les besoins en poisson d'une bande autochtone donnée, à des fins alimentaires, sociales et rituelles, comportent une limite intrinsèque — en effet, à un certain point, la bande aura assez de poisson pour satisfaire ces besoins. En revanche, la vente commerciale de rogue de hareng sur varech ne comporte pas de telles limites intrinsèques. Les seules limites aux besoins des Heiltsuk en matière de rogue de hareng sur varech destinée à la vente commerciale sont les restrictions extrinsèques dictées par la demande du marché et la disponibilité de la ressource. C'est particulièrement le cas en l'espèce, car la preuve étaye l'existence d'un droit d'échanger le poisson sur une échelle véritablement commerciale. Dans le présent pourvoi, la preuve ne justifie pas de limiter le droit de récolter de la rogue de hareng sur varech sur une échelle commerciale, par exemple, à la vente de ce produit en vue d'assurer «une subsistance convenable». Même le juge Lambert, qui a appliqué la norme de la subsistance convenable dans sa dissidence dans les arrêts *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, n'a pas restreint ainsi le droit des appelants en l'espèce, qu'il a défini, au par. 79, comme étant celui de [IRADUCTION] «récolter de la rogue de hareng sur varech [...] pour en faire le commerce en quantités mesurables en tonnes, sous réserve seulement du besoin d'assurer la conservation de la ressource». Je ne souscris pas nécessairement à cette caractérisation. Cependant, elle étaye l'argument fondamental que le droit ancestral visé en l'espèce n'est pas, contrairement à celui en cause dans *Sparrow*, assorti de limites intrinsèques.

The significance of this difference for the *Sparrow* test relates to the position taken in that case that, subject to the limits of conservation, aboriginal rights holders must be given priority in the fishery. In a situation where the aboriginal right is internally limited, so that it is clear when that right has been satisfied and other users can be allowed to participate in the fishery, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, makes sense. In that situation it is understandable that in an exceptional year, when conservation concerns are severe, it will be possible for aboriginal rights holders to be alone allowed to participate in the fishery, while in more ordinary years other users will be allowed to participate in the fishery after the aboriginal rights to fish for food, social and ceremonial purposes have been met.

Where the aboriginal right has no internal limitation, however, what is described in *Sparrow* as an exceptional situation becomes the ordinary: in the circumstance where the aboriginal right has no internal limitation, the notion of priority, as articulated in *Sparrow*, would mean that where an aboriginal right is recognized and affirmed that right would become an exclusive one. Because the right to sell herring spawn on kelp to the commercial market can never be said to be satisfied while the resource is still available and the market is not sated, to give priority to that right in the manner suggested in *Sparrow* would be to give the right-holder exclusivity over any person not having an aboriginal right to participate in the herring spawn on kelp fishery.

In my view, such a result was not the intention of *Sparrow*. The only circumstance contemplated by *Sparrow* was where the aboriginal right was internally limited; the judgment simply does not consider how the priority standard should be applied in circumstances where the right has no such internal limitation. That this is the case can be seen by a consideration of the judgment of *Jack*, *supra*, which was relied upon by Dickson C.J. and

L'importance de cette différence pour l'application du critère établi dans *Sparrow* tient à la position qui a été arrêtée dans cet arrêt et selon laquelle, sous réserve des limites découlant des besoins de conservation, la priorité en matière de pêche doit être accordée aux titulaires de droits ancestraux. Dans une situation où le droit ancestral est intrinsèquement limité, et où il est, de ce fait, facile de déterminer s'il a été respecté et si les autres usagers peuvent être autorisés à pêcher, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* est logique. Dans un tel cas, il est compréhensible que, au cours d'une année exceptionnelle, où les problèmes en matière de conservation sont sérieux, il sera possible d'autoriser seulement les titulaires de droits ancestraux à pêcher, tandis que, au cours des années plus normales, les autres usagers seront autorisés à pêcher, après que les droits des autochtones de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles auront été respectés.

Toutefois, quand le droit ancestral ne comporte pas de limite intrinsèque, la situation décrite dans *Sparrow* comme étant exceptionnelle devient alors la norme: dans les cas où le droit ancestral est dépourvu de limite intrinsèque, l'application de la notion de priorité formulée dans *Sparrow* signifierait que si un droit ancestral est reconnu et confirmé, ce droit deviendrait exclusif. Parce que le droit de vendre de la roque de hareng sur varech sur le marché commercial ne peut jamais être considéré comme ayant été respecté complètement tant que la ressource est encore disponible et que le marché n'est pas saturé, donner priorité à ce droit de la manière proposée dans *Sparrow* équivaldrait à conférer à son titulaire l'exclusivité vis-à-vis de quiconque ne jouit pas du droit ancestral de participer à la récolte de la roque de hareng sur varech.

À mon avis, l'arrêt *Sparrow* ne vise pas un tel résultat. La seule circonstance prévue par notre Cour était celle où le droit ancestral était intrinsèquement limité. Ce jugement ne traite tout simplement pas de la manière dont la norme d'établissement de l'ordre de priorité doit être appliquée dans les cas où le droit n'est pas assorti de limite intrinsèque. Cette conclusion ressort de l'examen de l'arrêt *Jack*, précité, sur lequel se sont appuyés le

La Forest J. in their articulation of the notion of priority. While *Jack* undoubtedly stands for the proposition for which it was cited, it is interesting to note that in that case, Dickson J. specifically distinguished at p. 313 between food and commercial fishing:

[The appellants'] position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

I agree with the general tenor of this argument. Article 13 calls for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when we speak of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when we come to local commercial purposes. [Emphasis added.]

In *Sparrow* it was obviously not necessary for Dickson C.J. and La Forest J. to address the distinction suggested by Dickson J. (as he then was) in *Jack*; that such a distinction exists suggests, however, that *Sparrow* should not be seen as the final word on the question of priority, at least where the aboriginal right in question does not have the internal limitation which the right actually at issue in *Sparrow* did.

⁶¹ The basic insight of *Sparrow* — that aboriginal rights holders have priority in the fishery — is a valid and important one; however, the articulation in that case of what priority means, and its suggestion that it can mean exclusivity under certain limited circumstances, must be refined to take into account the varying circumstances which arise when the aboriginal right in question has no internal limitations.

⁶² Where the aboriginal right is one that has no internal limitation then the doctrine of priority does not require that, after conservation goals have

judge en chef Dickson et le juge La Forest pour formuler la notion de priorité. Alors que l'arrêt *Jack* étaye manifestement la proposition au soutien de laquelle il a été cité, il est intéressant de signaler que, dans cette affaire, le juge Dickson a explicitement fait une distinction entre la pêche à des fins alimentaires et la pêche à des fins commerciales, à la p. 313:

[Les appelants] préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes. L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. [Je souligne.]

Dans *Sparrow* le juge en chef Dickson et le juge La Forest n'avaient de toute évidence pas besoin de se pencher sur la distinction dont parle le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack*. L'existence d'une telle distinction semble cependant indiquer que *Sparrow* ne doit pas être considéré comme ayant tranché définitivement la question de la priorité, du moins dans les cas où le droit ancestral en cause n'est pas assorti de la limite intrinsèque que comportait le droit visé dans *Sparrow*.

L'idée fondamentale exprimée dans *Sparrow* — savoir que les titulaires de droits ancestraux ont priorité en matière de pêche — est valable et importante. Toutefois, la formulation dans cette affaire du sens de la notion de priorité et l'assertion selon laquelle elle peut vouloir dire exclusivité dans certaines circonstances limitées doivent être précisées pour tenir compte des diverses circonstances susceptibles de se présenter dans les cas où le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque.

Lorsque le droit ancestral en cause n'est pas assorti de limite intrinsèque, la doctrine relative à l'ordre de priorité n'exige pas que, une fois les

been met, the government allocate the fishery so that those holding an aboriginal right to exploit that fishery on a commercial basis are given an exclusive right to do so. Instead, the doctrine of priority requires that the government demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery.

The content of this priority — something less than exclusivity but which nonetheless gives priority to the aboriginal right — must remain somewhat vague pending consideration of the government's actions in specific cases. Just as the doctrine of minimal impairment under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been read as meaning that the courts will impose a standard "least drastic means" requirement on the government in all cases, but has rather been interpreted as requiring the courts to scrutinize government action for reasonableness on a case-by-case basis (see, for example, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at pp. 526-27; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 285-86; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 504-5), priority under *Sparrow's* justification test cannot be assessed against a precise standard but must rather be assessed in each case to determine whether the government has acted in a fashion which reflects that it has truly taken into account the existence of aboriginal rights. Under the minimal impairment branch of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), where the government is balancing the interests of competing groups, the court does not scrutinize the government's actions so as to determine whether the government took the least rights-impairing action pos-

objectifs de conservation respectés, l'État répartisse la ressource de façon à ce que ceux qui détiennent un droit ancestral d'exploiter commercialement la ressource se voient accorder le droit exclusif de le faire. Au contraire, cette doctrine commande que l'État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêche.

Le contenu de ce droit de priorité — qui sans aller jusqu'à l'exclusivité, donne néanmoins préférence au droit ancestral — doit rester assez vague tant que les actions de l'État n'ont pas été examinées dans des cas précis. Tout comme le principe de l'atteinte minimale fondé sur l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas été interprété comme voulant dire que les tribunaux imposeront à l'État, dans tous les cas, une norme fondée sur l'obligation d'appliquer le «moyen le moins draconien», mais plutôt comme ayant pour effet d'exiger d'eux qu'ils examinent le caractère raisonnable des actions de l'État au cas par cas: (voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 993 et 994; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, aux pp. 526 et 527; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 285 et 286; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 504 et 505), l'application de la doctrine relative à l'ordre de priorité en vertu du critère de justification établi dans *Sparrow* ne peut pas être évaluée selon une norme précise, mais doit plutôt être appréciée en fonction de chaque cas, pour déterminer si l'État a agi d'une manière indiquant qu'il a véritablement tenu compte de l'existence de droits ancestraux. Dans l'application du volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), dans les cas où l'État soupèse les intérêts de

sible; instead the court considers the reasonableness of the government's actions, taking into account the need to assess "conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources" (*Irwin Toy, supra*, at p. 993). Similarly, under *Sparrow's* priority doctrine, where the aboriginal right to be given priority is one without internal limitation, courts should assess the government's actions not to see whether the government has given exclusivity to that right (the least drastic means) but rather to determine whether the government has taken into account the existence and importance of such rights.

That no blanket requirement is imposed under the priority doctrine should not suggest, however, that no guidance is possible in this area, or that the government's actions will not be subject to scrutiny. Questions relevant to the determination of whether the government has granted priority to aboriginal rights holders are those enumerated in *Sparrow* relating to consultation and compensation, as well as questions such as whether the government has accommodated the exercise of the aboriginal right to participate in the fishery (through reduced licence fees, for example), whether the government's objectives in enacting a particular regulatory scheme reflect the need to take into account the priority of aboriginal rights holders, the extent of the participation in the fishery of aboriginal rights holders relative to their percentage of the population, how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery (food *versus* commercial rights, for example), how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users. These questions, like those in *Sparrow*, do not represent an exhaustive list of the factors that may be taken into account in determining whether the government can be said to have given priority to aboriginal

groupes opposés, le tribunal n'examine pas les actions de l'État pour déterminer s'il a pris les mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits, il s'interroge plutôt sur le caractère raisonnable de ces actions, en tenant compte de la nécessité d'évaluer des «preuves scientifiques contradictoires et de[s] demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées» (*Irwin Toy*, précité, à la p. 993). De même, en vertu de la doctrine relative à l'ordre de priorité énoncée dans *Sparrow* lorsque le droit ancestral auquel la priorité doit être donnée n'est pas assorti de limite intrinsèque, les tribunaux doivent évaluer les actions de l'État non pas pour voir si celui-ci a conféré ce droit en exclusivité (le moyen le moins draconien), mais plutôt pour déterminer si l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance du droit en question.

Cependant, le fait que la doctrine relative à l'ordre de priorité n'impose pas d'obligation générale ne devrait pas donner à penser qu'aucune indication ne peut être formulée à cet égard ou que les actions de l'État ne feront pas l'objet d'un examen. Les questions pertinentes pour déterminer si l'État a donné la priorité aux titulaires de droits ancestraux sont celles qui ont été énumérées dans *Sparrow* relativement aux consultations et à l'indemnisation, ainsi que d'autres questions telles que celle de savoir si l'État a facilité l'exercice du droit ancestral de participer à la pêche (en réduisant les droits payables pour les permis, par exemple), si les objectifs que poursuit l'État en établissant un régime de réglementation donné reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux, la mesure dans laquelle la participation à la pêche par les titulaires de droits ancestraux correspond au pourcentage que représente leur population par rapport à la population totale, la manière dont l'État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée (par exemple le droit de pêcher à des fins alimentaires par opposition à celui de pêcher à des fins commerciales), l'importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l'État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers. Ces

rights holders; they give some indication, however, of what such an inquiry should look like.

Before turning to the second relevant difference between this case and *Sparrow*, I would note one or two points in favour of the interpretation of priority just adopted. As was emphasized in this Court's decision in *Van der Peet*, aboriginal rights are highly fact specific — the existence of an aboriginal right is determined through consideration of the particular distinctive culture, and hence of the specific practices, customs and traditions, of the aboriginal group claiming the right. The rights recognized and affirmed by s. 35(1) are not rights held uniformly by all aboriginal peoples in Canada; the nature and existence of aboriginal rights vary in accordance with the variety of aboriginal cultures and traditions which exist in this country. As a result, governments must not only make decisions about how to allocate fish between aboriginal rights holders and those who do not enjoy such rights, but must also make decisions as to how to allocate fish both between different groups of aboriginal rights holders and between different aboriginal rights. The government must, for example, make decisions as to how to allocate fish between those aboriginal peoples with the aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes, and those aboriginal peoples who have aboriginal rights to sell fish commercially; it must also decide, where more than one aboriginal group has a right to sell fish commercially, how much fish each group will have access to.

The existence of such difficult questions of resource allocation supports the position that, where a right has no adequate internal limitations, the notion of exclusivity of priority must be rejected. Certainly the holders of such aboriginal rights must be given priority, along with all others

questions, tout comme celles posées dans *Sparrow* ne constituent pas une liste exhaustive des facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s'il est possible d'affirmer que l'État a accordé la priorité aux titulaires de droits ancestraux. Toutefois, ils donnent une certaine idée de ce à quoi l'examen devrait ressembler.

Avant d'examiner la seconde différence pertinente entre la présente affaire et l'arrêt *Sparrow*, je tiens à mentionner un ou deux points qui appuient l'interprétation qui vient d'être adoptée en ce qui concerne le droit de priorité. Comme notre Cour l'a souligné dans *Van der Peet*, l'existence de droits ancestraux dépend largement des faits propres à chaque cas — pour statuer sur l'existence d'un tel droit, il faut examiner la culture distinctive particulière du groupe autochtone particulier qui revendique le droit, donc ses coutumes, pratiques et traditions spécifiques. Les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) ne sont pas des droits qui sont détenus uniformément par tous les peuples autochtones au Canada. En effet, l'existence des droits ancestraux et leur nature sont fonction des diverses cultures et traditions autochtones qui existent au pays. En conséquence, l'État est non seulement appelé à répartir les ressources halieutiques entre les titulaires de droits ancestraux et ceux qui ne possèdent pas de tels droits, mais également à répartir la ressource entre différents groupes de titulaires de droits ancestraux, ainsi qu'entre divers types de droits ancestraux. Par exemple, l'État doit répartir de telles ressources entre des peuples autochtones qui ont le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, et d'autres peuples autochtones qui ont le droit ancestral de vendre du poisson commercialement. Il doit aussi fixer, lorsque plus d'un groupe autochtone a le droit de vendre du poisson commercialement, la quantité de poisson qui sera attribuée à chaque groupe.

L'existence de ces difficiles questions de répartition de la ressource étaye la position voulant que, dans les cas où un droit n'est pas assorti de limites intrinsèques adéquates, la notion de priorité exclusive doit être écartée. Certes, il faut donner aux titulaires de tels droits ancestraux, ainsi qu'à tous

holding aboriginal rights to the use of a particular resource; however, the potential existence of other aboriginal rights holders with an equal claim to priority in the exploitation of the resource, suggests that there must be some external limitation placed on the exercise of those aboriginal rights which lack internal limitation. Unless the possibility of such a limitation is recognized, it is difficult to see how the government will be able to make decisions of resource allocation amongst the various parties holding prioritized rights to participate in the fishery. And while *mis* does not lead automatically to the conclusion that, as between aboriginal rights holders and those who do not hold such rights, the notion of exclusivity must be rejected, it does point to some of the difficulties inherent in the recognition of such a concept in the context of this and similar cases.

67

It should also be noted that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) exist within a legal context in which, since the time of the Magna Carta, there has been a common law right to fish in tidal waters that can only be abrogated by the enactment of competent legislation:

... the subjects of the Crown are entitled as of right not only to navigate but to fish in the high seas and tidal waters alike.

[I]t has been unquestioned law that since Magna Charta [*sic*] no new exclusive fishery could be created by Royal grant in tidal waters, and that no public right of fishing in such waters, then existing, can be taken away without competent legislation.

[*Attorney-General of British Columbia v. Attorney General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C), at pp. 169-70, *per* Viscount Haldane.]

While the elevation of common law aboriginal rights to constitutional status obviously has an impact on the public's common law rights to fish in tidal waters, it was surely not intended that, by the enactment of s. 35(1), those common law rights

les autres titulaires de droits ancestraux, la priorité quant à l'utilisation d'une ressource particulière. Toutefois, la possibilité qu'il y ait d'autres titulaires de droits ancestraux ayant un droit de priorité égal en vue de l'exploitation de la ressource tend à indiquer que l'exercice des droits ancestraux dépourvus de limites intrinsèques doit être assujéti à certaines limites extrinsèques. À moins de reconnaître la possibilité de telles limites, il est en effet difficile de voir comment l'État sera en mesure de répartir la ressource entre les diverses parties possédant des droits de pêche prioritaires. De plus, bien que ce fait ne m'amène pas automatiquement à conclure que, entre les titulaires de droits ancestraux et ceux qui ne possèdent pas de tels droits, la notion d'exclusivité doit être écartée, il fait cependant ressortir certaines des difficultés inhérentes à la reconnaissance d'un tel concept dans le contexte du présent pourvoi et d'autres espèces analogues.

En outre, il convient de signaler que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) existent dans un contexte juridique où, depuis l'époque de la Grande Charte, on reconnaît en common law un droit de pêcher dans les eaux à marée qui ne peut être aboli que par l'édiction de textes législatifs constitutionnels:

[TRADUCTION]... les sujets de Sa Majesté ont le droit non seulement de naviguer mais encore de pêcher en haute mer et dans les eaux à marée.

[I] est établi sans conteste en droit depuis la Grande Charte qu'aucune nouvelle pêcherie exclusive ne peut être créée par concession royale dans les eaux à marée et qu'aucun droit du public de pêcher dans de telles eaux, existant alors, ne peut être retiré sans texte législatif constitutionnel.

[Arrêt *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada*, [1914] A.C. 153 (J.C.P.C), aux pp. 169 et 170 (le vicomte Haldane).]

Même si le fait d'élever des droits ancestraux fondés sur la common law au rang de garanties constitutionnelles a manifestement une incidence sur les droits qu'a le public, en vertu de la common law, de pêcher dans les eaux à marée, on n'enten-

would be extinguished in cases where an aboriginal right to harvest fish commercially existed. As was contemplated by *Sparrow*, in the occasional years where conservation concerns drastically limit the availability of fish, satisfying aboriginal rights to fish for food, social and ceremonial purposes may involve, in that year, abrogating the common law right of public access to the fishery; however, it was not contemplated by *Sparrow* that the recognition and affirmation of aboriginal rights should result in the common law right of public access in the fishery ceasing to exist with respect to all those fisheries in respect of which exist an aboriginal right to sell fish commercially. As a common law, not constitutional, right, the right of public access to the fishery must clearly be second in priority to aboriginal rights; however, the recognition of aboriginal rights should not be interpreted as extinguishing the right of public access to the fishery.

That this should not be the case becomes particularly clear when it is remembered that, as was noted above, the existence of aboriginal rights varies amongst different aboriginal peoples, with the result that the notion of priority applies not only between aboriginals and other Canadians, but also between those aboriginal peoples who have an aboriginal right to use the fishery and those who do not. For aboriginal peoples like the Sheshaht, Opetchesaht and the Sto:lo, the fact that they were unable to demonstrate that their aboriginal rights include the right to sell fish on a commercial basis should not mean, if another aboriginal group is able to establish such a right, that the rights they hold in common with other Canadians — to participate in the commercial fishery — are eliminated. This could not have been intended by the enactment of s. 35(1).

I now turn to the second significant difference between this case and *Sparrow*. In *Sparrow*, while

dait sûrement pas, par l'édiction du par. 35(1), que ces droits reconnus au public par la common law soient éteints dans les cas où il existe un droit ancestral de pêcher commercialement. Comme il a été envisagé dans *Sparrow* au cours des années où, pour des besoins de conservation, il faut limiter de façon draconienne les prises de poisson, il est possible que pour respecter les droits ancestraux de pêche à des fins alimentaires sociales et rituelles il faille, au cours des années en question, suspendre le droit d'accès à cette pêche qui est reconnu au public par la common law. Toutefois, il n'a pas été envisagé dans cet arrêt que la reconnaissance et la confirmation de droits ancestraux auraient pour effet de mettre fin à ce droit d'accès du public, dans tous les cas où il existe, à l'égard d'une pêcherie, un droit ancestral de vendre le poisson commercialement. En tant que droit reconnu par la common law mais non par la Constitution, le droit d'accès du public à une pêcherie doit clairement céder la priorité aux droits ancestraux. Cependant, la reconnaissance de droits ancestraux ne doit pas être interprétée comme ayant pour effet d'éteindre le droit d'accès du public.

La conclusion qu'il ne doit pas en être ainsi ressort de façon particulièrement claire de l'observation, faite précédemment, que l'existence de droits ancestraux varie en fonction des peuples autochtones concernés, de sorte que la notion de priorité s'applique non seulement entre les autochtones et les autres Canadiens, mais également entre les peuples autochtones qui ont le droit ancestral d'exploiter la pêche visée et ceux qui ne l'ont pas. Dans le cas de peuples autochtones comme les Sheshaht, les Opetchesaht et les Sto:lo, le fait qu'ils n'aient pas été en mesure de démontrer que leurs droits ancestraux incluent le droit de vendre du poisson à des fins commerciales ne signifie pas, à supposer qu'un autre groupe autochtone parviendrait à établir l'existence d'un tel droit, que le droit qu'ils possèdent avec tous les autres Canadiens — savoir celui de participer à la pêche commerciale — est éliminé. Il n'est pas possible qu'on ait voulu ce résultat en édictant le par. 35(1).

J'aborde maintenant la seconde différence importante entre la présente affaire et l'arrêt *Spar-*

the Court recognized at p. 1113 that, beyond conservation, there could be other "compelling and substantial" objectives pursuant to which the government could act in accordance with the first branch of the justification test, the Court was not required to delineate what those objectives might be. Further, in delineating the priority requirement, and the relationship between aboriginal rights-holders and other users of the fishery, the only objective considered by the Court was conservation. This limited focus made sense in *Sparrow* because the net-length restriction at issue in that case was argued by the Crown to have been necessary as a conservation measure (whether it was necessary as such was not actually decided in that case); in this case, however, while some aspects of the government's regulatory scheme arguably relate to conservation — setting the total allowable catch at 20 per cent of the estimated herring stock, requiring the herring roe fishery to bear the brunt of variations in the herring stock because it is more environmentally destructive — other aspects of the government's regulatory scheme bear little or no relation to issues of conservation. Once the overall level of the herring catch has been established, and allocated to the different herring fisheries, it makes no difference in terms of conservation who is allowed to catch the fish. Conservation of the fishery is simply not affected once, after the herring spawn on kelp fishery is set at 2,275 tons, 224 tons or 2,275 tons is allocated to the commercial fishery or to some other use. This is not to suggest that these decisions are unimportant or made pursuant to unimportant objectives, but simply that, whatever objectives the government is pursuing in making such decisions, conservation is not (or is only marginally) one of them. As such, it is necessary in this case to consider what, if any, objectives the government may pursue, other than con-

row. Dans cet arrêt, bien que notre Cour ait reconnu, à la p. 1113, que, pour les fins du premier volet du critère de la justification, il peut exister, outre la conservation, d'autres objectifs «impérieux et réels» en vertu desquels l'État pourrait agir, elle n'a toutefois pas eu à préciser quels pourraient être ces objectifs. De plus, pour définir les exigences applicables pour établir l'ordre de priorité ainsi que les rapports entre les titulaires de droits ancestraux et les autres usagers de la pêche, la conservation est le seul objectif que notre Cour a pris en considération. Cet examen restreint était logique dans *Sparrow*, car le ministère public avait soutenu que la limitation de la longueur des filets en cause dans cette affaire était une mesure de conservation nécessaire (de fait, la question de la nécessité de cette mesure n'a pas été tranchée dans cet arrêt). Toutefois, dans la présente affaire, même s'il est possible d'affirmer que certains aspects du régime gouvernemental de réglementation visent la conservation — par exemple le fait de fixer à 20 pour 100 des stocks estimatifs de hareng le total des prises admissibles ou celui d'exiger que les pêcheurs de hareng prêt à frayer fassent les frais des fluctuations des stocks de hareng, étant donné que cette pêche est moins écologique — d'autres aspects de ce régime ne concernent que peu ou pas des questions de conservation. Une fois que le niveau global des prises de hareng a été fixé et que celles-ci ont été réparties entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson, le fait que ce soit un groupe ou un autre qui soit autorisé à prendre le poisson ne change rien du point de vue de la conservation. Une fois la récolte de la roque de hareng sur varech fixée à 2 275 tonnes, le fait d'attribuer 224 tonnes ou encore 2 275 tonnes au secteur commercial ou à quelque autre groupe d'usagers n'influe tout simplement pas sur la conservation de cette ressource. Cela ne veut pas dire que ces décisions ne sont pas importantes ou qu'elles sont prises dans la poursuite d'objectifs sans importance, mais tout simplement que quels que soient les objectifs visés par ces décisions la conservation ne figure pas parmi ces objectifs (ou, dans l'affirmative, seulement de façon marginale). Il est donc nécessaire, dans le présent pourvoi, de se demander quels sont, s'il en est, les objectifs que l'État peut poursuivre, outre la conservation, et qui per-

servation, which will be sufficient to satisfy the first branch of the *Sparrow* justification standard.

Considering this question is made more difficult in this case because, as will be discussed below, almost no evidence has been provided to this Court about the objectives the government was pursuing in allocating the herring resource as it did. Absent some concrete objectives to assess, it is difficult to identify the objectives other than conservation that will meet the "compelling and substantial" standard laid out in *Sparrow*. That being said, however, it is possible to make some general observations about the nature of the objectives that the government can pursue under the first branch of the *Sparrow* justification test.

In *Oakes*, *supra*, Dickson C.J. observed at p. 136 that it is not only the case that the rights and freedoms protected by the *Charter* must be understood through the purposes underlying the protection of those rights, but that the limitations on rights allowed under s. 1 of the *Charter* must, similarly, be understood through the purposes underlying the *Charter*.

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution....The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

Although the aboriginal rights recognized by s. 35(1) are, as was noted in *Van der Peet*, fundamentally different from the rights in the *Charter*, the same basic principle — that the purposes underlying the rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those

mettront de satisfaire au premier volet de la norme de justification énoncée dans *Sparrow*.

Dans le présent cas, l'examen de cette question se complique, comme nous le verrons plus loin, du fait qu'il n'a été présenté à notre Cour pratiquement aucun élément de preuve concernant les objectifs que poursuivait l'État en répartissant la ressource comme il l'a fait. En l'absence d'objectifs concrets à examiner, il est difficile de déterminer les objectifs autres que la conservation qui sont des objectifs «impérieux et réels» au sens de la norme formulée dans *Sparrow*. Cela dit, cependant, il est possible de faire quelques observations générales sur la nature des objectifs que l'État peut poursuivre tout en satisfaisant au premier volet du critère de justification établi dans *Sparrow*.

Dans *Oakes*, précité, le juge en chef Dickson a fait remarquer, à la p. 136, que, s'il est vrai que les droits et libertés protégés par la *Charte* doivent être interprétés en fonction des objets qui sous-tendent la protection de ces droits, les limites apportées aux droits en conformité avec l'article premier de la *Charte* doivent, de la même façon, être interprétées en fonction des objets qui sous-tendent la *Charte*:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchaînement de la *Charte* dans la Constitution [...] Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Même si, comme il a été dit dans *Van der Peet*, les droits ancestraux reconnus par le par. 35(1) sont fondamentalement différents des droits garantis par la *Charte*, le même principe de base s'applique à l'analyse de la justification en vertu du par. 35(1) — savoir que les objets qui sous-tendent les droits en question doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermi-

limits on the rights which are justifiable — applies equally to the justification analysis under s. 35(1).

72

In *Van der Peet* the purposes underlying s. 35(1)'s recognition and affirmation of aboriginal rights were identified, at para. 43, as

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

In the context of the objectives which can be said to be compelling and substantial under the first branch of the *Sparrow* justification test, the import of these purposes is that the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.

73

Aboriginal rights are recognized and affirmed by s. 35(1) in order to reconcile the existence of distinctive aboriginal societies prior to the arrival of Europeans in North America with the assertion of Crown sovereignty over that territory; they are the means by which the critical and integral aspects of those societies are maintained. Because, however, distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader

nation des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables.

Dans *Van der Peet*, les objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1) ont été interprétés, au par. 43, comme étant

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

Dans le cadre de l'application du premier volet du critère de justification établi dans *Sparrow*, sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire.

Les droits ancestraux sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) afin de concilier l'existence, en Amérique du Nord, de sociétés autochtones distinctives avant l'arrivée des Européens avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. Ils constituent le moyen de préserver les éléments fondamentaux qui font partie intégrante de ces sociétés. Cependant, comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent.

community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation.

The recognition of conservation as a compelling and substantial goal demonstrates this point. Given the integral role the fishery has played in the distinctive cultures of many aboriginal peoples, conservation can be said to be something the pursuit of which can be linked to the recognition of the existence of such distinctive cultures. Moreover, because conservation is of such overwhelming importance to Canadian society as a whole, including aboriginal members of that society, it is a goal the pursuit of which is consistent with the reconciliation of aboriginal societies with the larger Canadian society of which they are a part. In this way, conservation can be said to be a compelling and substantial objective which, provided the rest of the *Sparrow* justification standard is met, will justify governmental infringement of aboriginal rights.

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment.

I now turn to the application of the *Sparrow* justification test to the government regulatory scheme challenged in this case. As has already been noted, the government's regulatory scheme has four con-

Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble.

La reconnaissance de la conservation en tant qu'objectif impérieux et réel démontre cette affirmation. Vu le rôle fondamental qu'a joué la pêche dans la culture distinctive de nombreux peuples autochtones, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif dont la poursuite peut être liée à la reconnaissance de l'existence de telles cultures distinctives. De plus, comme la conservation revêt une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble, y compris pour les membres autochtones de cette société, elle est un objectif dont la poursuite est compatible avec la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la société canadienne plus large dont ces dernières font partie. Dans cette optique, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif impérieux et réel qui justifie la violation par l'État de droits ancestraux, à la condition qu'il soit satisfait aux autres éléments de la norme de justification établie dans *Sparrow*.

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation.

Je vais maintenant appliquer le critère de justification établi dans *Sparrow* au régime gouvernemental de réglementation contesté dans le présent pourvoi. Comme il a été dit plus tôt, ce régime de

74

75

76

stituent parts, which, for ease of reference, I will reiterate here: (1) the government determines the amount of the herring stock that will be harvested in a given year; (2) the government allots the herring stock to the different herring fisheries (herring roe, herring spawn on kelp and other herring fisheries); (3) the government allots the herring spawn on kelp fishery to various user groups (commercial users and the Indian food fishery); and, (4) the government allots the commercial herring spawn on kelp licences.

77

Other than with regards to the first aspect of the government's regulatory scheme, the evidence and testimony presented in this case is insufficient for this Court to make a determination as to whether the government's regulatory scheme is justified. The trial in this case concluded on May 7, 1990, several weeks prior to the release of this Court's judgment in *Sparrow*. Perhaps as a result of this fact, the testimony, evidence and argument presented at the trial simply do not contain the information that is necessary for this Court to assess whether, in allocating the 40,000 tons of herring allotted to the herring fishery, the government has either acted pursuant to a compelling and substantial objective or has acted in a manner consistent with the fiduciary obligation it owes to aboriginal peoples. It is not that the Crown has failed to discharge its burden of demonstrating that the scheme for allocating the 20 per cent of the herring stock was justified; it is simply that the question of whether or not that scheme of allocation was justified was not addressed at trial, at least in the sense necessary for this Court to decide the question of whether, under the *Sparrow* test, it was justified.

78

The lack of evidence is problematic with regards to both aspects of the *Sparrow* analysis. First, in so far as an evaluation of the government's objective is concerned, no witnesses testified, and no documents were submitted as evidence, with regards to the objectives pursued by the government in allo-

réglementation comprend quatre éléments constitutifs, que je vais répéter par souci de commodité: (1) l'État détermine la proportion des stocks de hareng qui sera récoltée au cours d'une année donnée; (2) il répartit les stocks de hareng entre les divers secteurs de la pêche de ce poisson (hareng prêt à frayer, roque de hareng sur varech et autres types de pêche); (3) il répartit la part attribuée à la récolte de la roque de hareng sur varech entre les divers groupes d'usagers (usagers commerciaux et Indiens pratiquant la pêche de subsistance); (4) il répartit les permis de pêche commerciale de la roque de hareng sur varech.

Sauf en ce qui concerne le premier aspect du régime gouvernemental de réglementation, la preuve documentaire et testimoniale produite dans la présente affaire est insuffisante pour permettre à notre Cour de déterminer si ce régime est justifié. En l'espèce, le procès dans la présente affaire s'est terminé le 7 mai 1990, plusieurs semaines avant que soit rendu l'arrêt *Sparrow* par notre Cour. Peut-être est-ce à cause de ce fait que la preuve documentaire et testimoniale ainsi que les arguments présentés au procès ne renferment tout simplement pas les renseignements nécessaires pour permettre à notre Cour d'apprécier si, en répartissant le contingent de 40 000 tonnes fixé pour la pêche au hareng, l'État a agi en vue de réaliser un objectif impérieux et réel ou s'il a agi d'une manière compatible avec son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Ce n'est pas que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que les modalités de répartition du contingent des prises admissibles fixé à 20 pour 100 des stocks de hareng étaient justifiées, mais simplement que cette question n'a pas été examinée au procès, du moins pas d'une manière suffisante pour permettre à notre Cour de trancher la question de savoir si, suivant le critère établi dans *Sparrow*, ces modalités étaient justifiées.

Le manque d'éléments de preuve pose des problèmes en ce qui a trait aux deux aspects de l'analyse exigée par l'arrêt *Sparrow*. Premièrement, pour ce qui est de l'évaluation de l'objectif visé par l'État, aucun témoin n'est venu déposer et aucun document n'a été présenté en preuve relati-

eating the herring, and the herring spawn on kelp, amongst different user groups. As was noted above, there was evidence presented about the selection criteria used by the Department of Fisheries and Oceans in allocating herring spawn on kelp licences in 1975; however, no evidence was presented as to how or why those selection criteria were chosen or applied. Also, the evidence does not indicate whether those selection criteria changed over time (not all licences were allocated in 1975) or whether the emphasis placed on the different criteria varied. Clear evidence was presented at trial demonstrating that setting the total herring catch at 20 per cent was directed at conservation, but no evidence was presented regarding the objectives sought to be attained in allocating that 20 per cent amongst different user groups.

Second, with regards to priority, there is no evidence as to how much (if any) aboriginal participation there is in the herring roe fishery or as to whether there are any existing aboriginal rights to participate in the herring roe fishery, whether for food or commercial purposes. Whether the allocation of herring between the herring roe and herring spawn on kelp fishery meets the *Sparrow* test for priority will depend in part on the existence (or non-existence) of such rights. There is, similarly, no evidence as to whether other aboriginal rights in the herring spawn on kelp fishery exist — whether for food or commercial purposes — and as to the number of such rights holders there might be.

Other evidentiary problems exist with regards to the priority analysis. There is no evidence as to how, between the different aboriginal bands holding Category J licences, allocation decisions are made. There is no evidence as to how, or to whom, the remaining 2,051 tons of herring spawn on kelp

vement aux objectifs poursuivis par l'État dans la répartition du hareng et de la rogue de hareng sur varech entre les divers groupes d'utilisateurs. Comme il a été indiqué précédemment, des éléments de preuve ont été présentés quant aux critères de sélection appliqués par le ministère des Pêches et Océans dans la délivrance des permis de récolte de la rogue de hareng sur varech en 1975. Toutefois, aucun élément de preuve n'a été produit afin d'expliquer comment ou pourquoi ces critères de sélection étaient choisis ou appliqués. En outre, la preuve n'indique pas si ces critères de sélection ont changé au fil des ans (les permis n'ont pas tous été délivrés en 1975) ou si l'importance accordée aux divers critères a varié. Au procès, il a été présenté des éléments de preuve démontrant clairement que la décision de fixer le total des prises admissibles à 20 pour 100 des stocks avait pour objet la conservation de la ressource, mais aucune preuve n'a été présentée quant aux objectifs visés dans le cadre de la répartition de ces 20 pour 100 entre les divers groupes d'utilisateurs.

Deuxièmement, pour ce qui est de l'ordre de priorité, il n'y a aucun élément de preuve concernant l'ampleur (le cas échéant) de la participation des autochtones à la pêche au hareng prêt à frayer, ni sur la question de savoir s'il y a des droits ancestraux existants de participer à cette pêche, que ce soit à des fins alimentaires ou commerciales. La réponse à la question de savoir si la répartition de la ressource entre la pêche au hareng prêt à frayer et la récolte de la rogue de hareng sur varech satisfait au critère établi dans *Sparrow* relativement à l'ordre de priorité dépendra en partie de l'existence (ou de l'inexistence) de tels droits. De même, aucune preuve n'a été produite quant à savoir s'il existe d'autres droits ancestraux visant la récolte de la rogue de hareng sur varech — que ce soit à des fins alimentaires ou commerciales — et quant au nombre de titulaires de tels droits.

Il existe d'autres problèmes de preuve en ce qui concerne l'analyse de la question de l'ordre de priorité. Aucun élément de preuve n'a été produit sur la manière dont sont prises les décisions concernant la répartition de la ressource entre les diverses bandes autochtones titulaires de permis de

is allocated after the 224 tons of herring spawn on kelp is allocated to Category J licences. There is also no evidence as to how many aboriginal groups live in the region of the herring spawn on kelp fishery, what percentage aboriginal peoples are of the population in that region, and the size of the Heiltsuk Band relative to other aboriginal groups and the general population in the region.

catégorie J. Aucune preuve n'indique à qui et suivant quels critères sont attribuées les 2 051 tonnes de roque de hareng sur varech qui restent après que les 224 tonnes réservées aux titulaires de permis de catégorie J ont été réparties entre ces derniers. Il n'y a pas non plus de preuve concernant le nombre de groupes d'autochtones qui vivent dans la région où est récoltée cette ressource, le pourcentage que représentent les autochtones par rapport à l'ensemble de la population de cette région et la taille de la bande des Heiltsuk par rapport aux autres groupes autochtones et à la population générale de la région.

81

In the courts below, the judges considering the justification issue avoided the difficulties created by the inadequacy of the evidentiary record in two ways: they either held that the nature of the appellants' actions rendered the government's actions justifiable (the approach of the trial judge) or they held that the allocation of 60 per cent of Category J licences to aboriginal groups demonstrated that the government's regulatory scheme was justifiable. The problem with the first of these approaches is that the nature of the appellants' actions is not relevant to the inquiry into the constitutionality of the regulation under which they were charged. The problem with the second approach is that the fact that 60 per cent of the Category J licences were held by aboriginal people does not demonstrate, in itself, that the licences were allocated in a manner which took into account the existence of aboriginal rights. It is, perhaps, consistent with that having taken place, but absent some further evidence as to how or why this result was reached, about the percentage of aboriginal people in relation to the population of the British Columbia coast as a whole, and about the other allocation issues in the herring roe and herring spawn on kelp fisheries, the fact that 60 per cent of the Category J licences are held by aboriginal peoples does not, on its own, serve to justify the government's actions.

Les juges des cours inférieures qui ont étudié la question de la justification ont évité de deux façons les difficultés créées par l'insuffisance de la preuve: soit en statuant que la nature des actions des appelants avait pour effet de rendre les actions de l'État justifiables (approche appliquée par le juge du procès), soit en concluant que l'attribution de 60 pour 100 des permis de catégorie J aux groupes autochtones démontrait que le régime de réglementation public était justifiable. Le problème que pose la première approche est que la nature des actions des appelants n'est pas pertinente pour l'examen de la constitutionnalité de la disposition réglementaire en vertu de laquelle ils ont été accusés. Le problème que pose la seconde approche est que le fait que 60 pour 100 des permis de catégorie J étaient détenus par des autochtones ne démontre pas, en soi, que les permis ont été répartis d'une manière qui tenait compte de l'existence de droits ancestraux. Peut-être ce fait est-il compatible avec une telle conclusion, mais le fait que 60 pour 100 des permis de catégorie J sont détenus par des autochtones ne saurait, en soi, justifier les actions de l'État en l'absence d'éléments de preuve supplémentaires indiquant comment ou pourquoi on est arrivé à ce résultat, donnant le pourcentage que représentent les autochtones par rapport à l'ensemble de la population de la côte de la Colombie-Britannique et concernant les autres questions de répartition que soulèvent la pêche au hareng prêt à frayer et la récolte de la roque de hareng sur varech.

Obviously a new trial will not necessarily provide complete and definitive answers to all of these questions; however, given that the parties simply did not address the justifiability of the government scheme, other than the setting of the herring catch at 20 per cent of the total herring stock, a new trial will almost certainly provide the court with better information than currently exists. Prior to *Sparrow* it was not clear what the government, or parties challenging government action, had to demonstrate in order to succeed in s. 35(1) cases; this lack of clarity undoubtedly contributed to the deficiency of the evidentiary record in this case. A new trial on the question of justification will remedy this deficiency.

A new trial is not, however, necessary with regards to the first aspect of the government's scheme; the evidentiary record clearly demonstrates that this aspect of the government's scheme was justified. Witnesses testified as to the conservation objectives of setting the stock at 20 per cent and as to the difficulties encountered by the herring fishery when the catch was set at much higher levels, as was the case in the 1960s. Moreover, the defence witness Dr. Gary Vigers testified that "fisheries management is full of uncertainty"; in the context of such uncertainty this Court must grant a certain level of deference to the government's approach to fisheries management.

Although the evidence regarding consultation is somewhat scanty, and more will hopefully be presented at a new trial on the justification issue, there is some evidence to suggest that the government was cognizant of the views of aboriginal groups with regards to the herring fishery. The correspondence between the Native Brotherhood and the Department is indicative of the existence of such consultation. Finally, the setting of the herring catch at 20 per cent of the fishable herring

Il va de soi qu'un nouveau procès n'apportera pas nécessairement des réponses complètes et définitives à toutes ces questions. Cependant, comme les parties n'ont tout simplement pas abordé la question du caractère justifiable du régime gouvernemental de réglementation, sauf pour la fixation des prises admissibles à 20 pour 100 de l'ensemble des stocks de hareng, un nouveau procès fournira certainement au tribunal des renseignements plus complets que ceux disponibles actuellement. Avant l'arrêt *Sparrow*, ce que l'État ou les parties qui contestaient les mesures prises par ce dernier devaient prouver pour avoir gain de cause dans les affaires fondées sur le par. 35(1) n'était pas clair. Cette incertitude a sans aucun doute contribué aux lacunes dont souffre la preuve au dossier dans la présente affaire. La tenue d'un nouveau procès sur la question de la justification permettra d'y remédier.

Un nouveau procès n'est toutefois pas nécessaire à l'égard du premier aspect du régime gouvernemental de réglementation. La preuve au dossier démontre clairement que cet aspect du régime était justifié. Des témoins ont déposé à l'égard des objectifs de conservation visés par la décision de fixer les prises admissibles à 20 pour 100 des stocks, et des difficultés éprouvées par la pêche au hareng lorsque ces prises étaient établies à des niveaux beaucoup plus élevés, comme c'était le cas dans les années 1960. De plus, Gary Vigers, témoin expert de la défense, a déclaré que «la gestion de la pêche est remplie d'incertitudes». Compte tenu de ces incertitudes, notre Cour doit, dans une certaine mesure, s'en remettre à l'approche appliquée par l'État dans la gestion des pêches.

Même si la preuve touchant les consultations est un peu sommaire et qu'il est à souhaiter qu'elle sera étoffée à l'occasion d'un nouveau procès sur la question de la justification, il existe néanmoins certains éléments qui tendent à indiquer que l'État connaissait les vues des groupes autochtones sur la pêche au hareng. La correspondance échangée par la Native Brotherhood et le ministère témoigne de l'existence de ces consultations. Enfin, comme elle vise des objets de conservation et qu'elle ne porte

stock, because aimed at conservation, and not affecting the priority of aboriginal versus non-aboriginal users of the fishery, is consistent with the priority scheme as laid out in *Sparrow* and as elaborated in this judgment.

V. Disposition

⁸⁵ In the result, the appeal is allowed and a new trial directed on the issue of guilt or innocence and, with regards to the constitutionality of s. 20(3), on the issue of the justifiability of the government's allocation of herring.

⁸⁶ For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellants?

Answer: This question will have to be sent back to trial to be answered in accordance with the analysis set out in these reasons.

The following are the reasons delivered by

⁸⁷ LA FOREST J. (dissenting) — This appeal raises the issue of whether s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324 is, in the circumstances of this case, of no force or effect as infringing on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, by which the aboriginal rights of Canada's aboriginal people are recognized and affirmed. Section 20(3) prohibits buying, selling or bartering, or attempting to buy, sell or barter herring spawn on kelp not taken under the authority of a Category J. licence. The issue raised involves a consideration of whether the Heiltsuk people of British Columbia had at one time an aboriginal right to trade and sell herring spawn on kelp and its nature; whether, assuming there was such a right, it

pas atteinte au droit de priorité des usagers autochtones vis-à-vis des autres usagers de la ressource, la décision de fixer les prises admissibles à 20 pour 100 des stocks de hareng exploitables est compatible avec l'ordre de priorité établi dans *Sparrow*, et explicité dans le présent jugement.

V. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de faire droit au pourvoi et d'ordonner un nouveau procès sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et, en ce qui concerne la constitutionnalité du par. 20(3), sur la question du caractère justifiable de la répartition du hareng par l'État.

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

Question: Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Réponse: Cette question doit être renvoyée à la juridiction de première instance afin qu'on y réponde conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant parce qu'il porte atteinte au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits ancestraux des peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 20(3) interdit d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la roque de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J. Pour trancher la question soulevée, il nous faut d'abord décider si les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont déjà eu le

has been extinguished; and whether if such right continues to exist its infringement may be justified.

Background

The Chief Justice has set forth the facts and judicial history in some detail and I need only set them forth in brief terms here.

The appellants are members of the Heiltsuk people of British Columbia and were charged with having offered to sell and with having attempted to sell herring spawn on kelp contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which provides that contravention of the Act or the regulations adopted thereunder is an offence punishable on summary conviction. The regulations, adopted by the Governor in Council in accordance with s. 34 of the Act, form a federal regulatory scheme relating to herring fishing in Canadian fisheries waters on the Pacific Coast. Section 20(3) of the regulations reads:

20....

(3) No person shall buy, sell, barter, or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

During the course of the proceedings, the appellants raised a number of issues relating to the evidence presented by the Crown and the elements of the offences with which they were charged. The appellants have abandoned most of these arguments, but nonetheless submitted before this Court that the Crown had failed to correctly prove an attempt to sell. On this issue, it is sufficient to say that I agree with the Chief Justice, and I shall therefore confine myself to the constitutional issues.

The appellants were initially convicted of both charges against them. Although the trial judge recognized that the Act and the regulations infringed

droit ancestral de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech, et quelle était la nature de ce droit. À supposer qu'un tel droit ait existé, il faut ensuite se demander s'il a été éteint. Enfin, dans l'hypothèse où ce droit continuerait d'exister, il faut déterminer si sa violation peut être justifiée

Contexte

Comme le Juge en chef a exposé en détail les faits et l'historique des procédures judiciaires, il me suffira de les rappeler brièvement.

Les appelants, des Heiltsuk de la Colombie-Britannique, ont été accusés d'avoir offert de vendre et d'avoir tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech contrairement au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, qui dispose que toute contravention à la Loi ou à ses règlements d'application est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le règlement en cause, pris par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 34 de la Loi, établit un régime fédéral de réglementation applicable à la pêche au hareng dans les pêcheries canadiennes de la côte du Pacifique. Le paragraphe 20(3) du règlement est ainsi rédigé:

20....

(3) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été prise ou recueillie en vertu d'un permis de catégorie J.

Au cours des procédures, les appelants ont soulevé un certain nombre de questions concernant la preuve produite par le ministère public et les éléments constitutifs des infractions dont ils ont été accusés. Ils ont abandonné la plupart de ces arguments, mais ont néanmoins soutenu devant notre Cour que le ministère public n'avait pas prouvé correctement la tentative de vente. Sur ce point, qu'il suffise de dire que je suis d'accord avec le Juge en chef et que je m'en tiendrai donc aux questions d'ordre constitutionnel.

Les appelants ont d'abord été déclarés coupables des deux accusations portées contre eux. Bien que le juge du procès ait reconnu que la Loi et le

88

89

90

the appellants' constitutional right to barter and sell herring spawn on kelp, he was of the opinion that such infringement was justified and, therefore, constitutionally valid. On appeal to the Supreme Court of British Columbia, Anderson J. upheld the conviction on the second count (attempt to sell), concluding that the appellants' constitutional right to trade herring spawn on kelp was not infringed by the Act or its regulations. A majority of a five-judge panel of the Court of Appeal for British Columbia (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, dismissed the appellants' appeal with respect to the second count, finding that they were not at the time the offences were allegedly committed exercising an aboriginal right. The appellants applied for and were granted leave to appeal to this Court. Subsequently, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellants?

Analysis

91

It will, I think, be useful to set forth my conclusions at the outset. I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and those of my colleagues Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin in the instant appeals and in the companion cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672. Although I am in general agreement with the framework articulated by the Chief Justice in *Van der Peet* pertaining to the definition of the nature and scope of aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, I cannot share his views regarding its application to the present case. As I see it, the appellants have failed to establish that when they took part in the activities giving rise to this litigation, they were exercising an aboriginal right.

Règlement portaient atteinte au droit constitutionnel des appelants de vendre et d'échanger de la rogue de hareng sur varech, il a dit être d'avis que cette atteinte était justifiée et donc constitutionnellement valide. En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Anderson a confirmé la déclaration de culpabilité à l'égard du deuxième chef (tentative de vente), concluant que le droit constitutionnel des appelants d'échanger de la rogue de hareng sur varech n'était pas violé par la Loi ou son règlement d'application. Une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, a, à la majorité, rejeté l'appel formé par les appelants contre le deuxième chef d'accusation, statuant que ces derniers n'exerçaient pas un droit ancestral au moment où ils auraient perpétré les infractions. Les appelants ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Par la suite, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Analyse

Il sera utile, je crois, de formuler mes conclusions dès le départ. J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans les présents pourvois et les pourvois connexes *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Quoique je sois d'accord de façon générale avec le cadre d'analyse établi par le Juge en chef dans *Van der Peet* relativement à la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je ne peux partager son avis quant à l'application de ce cadre d'analyse à la présente espèce. À mon sens, les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont participé aux activités ayant donné naissance au

Moreover, even if the appellants had demonstrated that the Heiltsuk of British Columbia did at some time benefit from the aboriginal right claimed, I am of the view that any such right would now be extinguished. I would therefore dismiss the appeals and answer the constitutional question in the negative, and I need not enter into the issue of justification.

1. *The Aboriginal Right Issue*

In the *Van der Peet* case, the Chief Justice proceeded to a purposive analysis of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* in defining the content of aboriginal rights as they are recognized and affirmed in our Constitution. This provision reads:

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

The basis of aboriginal rights, he explained, lies in aboriginal occupation of the territory that is now Canada before the arrival of Europeans. As Judson J. had earlier put it in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 328, "the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries". This, as he added, is the foundation of Indian title and, I would add, of aboriginal rights generally. It follows that these rights, though (as *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, confirms) exercisable by modern instrumentalities, must in essence be integrally related to traditional Indian habits and mode of life. To use the Chief Justice's expression, an aboriginal right is the right to engage in a practice or activity that is integral to their distinctive culture as it existed when the Europeans arrived. To gain constitutional status, such a right must not have been extinguished by the Crown before the coming into force of s. 35(1) in 1982.

présent litige. De plus, même s'ils avaient démontré que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont, à une certaine époque, effectivement joui du droit ancestral revendiqué, je suis d'avis qu'un tel droit est maintenant éteint. Je rejetterais donc les pourvois et répondrais par la négative à la question constitutionnelle. Je n'ai pas à examiner la question de la justification.

1. *La question du droit ancestral*

Dans *Van der Peet*, le Juge en chef a d'abord analysé les objets qui sous-tendent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, afin de définir la portée des droits ancestraux reconnus et confirmés dans notre Constitution. Cette disposition est ainsi libellée:

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

Le fondement des droits ancestraux, a-t-il expliqué, réside dans l'occupation par les autochtones, avant l'arrivée des Européens, du territoire qui forme maintenant le Canada. Comme l'avait déjà dit le juge Judson dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 328, «il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles». Voilà, a précisé le juge Judson, le fondement du titre indien, et, ajouterais-je, celui des droits ancestraux en général. Il s'ensuit que, même s'ils peuvent être exercés par des moyens modernes (comme le confirme l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075), ces droits doivent par essence faire partie intégrante des coutumes et du mode de vie traditionnels des Indiens. Pour reprendre la formule du Juge en chef, un droit ancestral est le droit qu'ont des autochtones de s'adonner à une pratique ou à une activité qui faisait partie intégrante de leur culture distinctive, telle qu'elle existait lorsque les Européens sont arrivés. Pour se voir reconnaître un statut constitutionnel, un tel droit ne doit pas avoir été éteint par l'État avant l'entrée en vigueur du par. 35(1) en 1982.

The trial judge, Lemiski Prov. Ct. J., came to the conclusion that the Heiltsuk people of British Columbia did have an aboriginal right, within the meaning of s. 35(1), to barter and trade herring spawn on kelp, but that the activities the appellants engaged in at the time the offences were allegedly committed were very different from the traditional activities that had given rise to that aboriginal right. In coming to this conclusion, Lemiski Prov. Ct. J. had the benefit of this Court's decision in *Sparrow*, *supra*, and it is apparent that he, too, shared the view that an aboriginal right pertained to what formed an integral part of the distinctive culture of a given aboriginal society. His conclusions of facts explaining his position are stated in the following passage of his reasons:

This is not a situation where a small quantity of spawn was openly sold, traded or bartered in the Bella Bella region.

The Accused were attempting to sell a relatively large quantity of spawn in a surreptitious manner to a foreign buyer in a location far removed from the Heiltsuk Band's region. In the total context of the historical manner and extent of the herring spawn on kelp trade by the Heiltsuk Band and the present manner and extent of commercial trade Fisheries Officers were justified in interfering with this transaction.

The overall justification lies within the broad definition of proper management and conservation of the resource. The special trust relationship cannot be applied to offset that because of the unique circumstances.

I am satisfied that this transaction was totally out of character and context with respect to either any existing exercise of aboriginal rights to sell fish or any licensed sale. In *Sparrow* the Supreme Court of Canada said:

"Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group".

There is no evidence before me that the Accused were conducting a transaction "in keeping with the culture and existence" of the Heiltsuk Band. [Emphasis added.]

Le juge Lemiski de la Cour provinciale, juge du procès, a conclu que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique avaient un droit ancestral, au sens du par. 35(1), d'échanger de la rogue de hareng sur varech, mais que les activités auxquelles s'adonnaient les appelants au moment des infractions reprochées étaient très différentes des activités traditionnelles qui avaient donné naissance à ce droit ancestral. Lorsqu'il a tiré cette conclusion, le juge Lemiski avait eu l'avantage de prendre connaissance de l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, et il est évident qu'il était lui aussi d'avis qu'un droit ancestral se rapporte à ce qui faisait partie intégrante de la culture distinctive d'une société autochtone donnée. Ses conclusions de fait expliquant sa position sont énoncées dans le passage qui suit de ses motifs:

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une situation où une petite quantité de rogue a été vendue ou échangée ouvertement dans la région de Bella Bella.

Les accusés ont tenté de vendre subrepticement une quantité relativement importante de rogue à un acheteur étranger, dans un lieu très éloigné de la région où vit la bande des Heiltsuk. Vu le contexte global des modalités et de l'ampleur des échanges de rogue de hareng sur varech faits historiquement par la bande de Heiltsuk, ainsi que les modalités et l'ampleur de la présente opération commerciale, les agents des pêches étaient justifiés d'empêcher cette opération.

La justification générale réside dans la définition large de la gestion et de la conservation judicieuses de la ressource. Les rapports spéciaux de fiduciaire ne peuvent, vu les circonstances exceptionnelles, être invoqués pour faire échec à cette justification.

Je suis convaincu que, de par sa nature et de par le contexte, cette opération ne constitue aucunement l'exercice de droits ancestraux de vendre du poisson ou une vente autorisée. Dans *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a dit ceci:

«Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe».

Il ne m'a été présenté aucune preuve indiquant que les accusés effectuaient une opération «en harmonie avec la culture et le mode de vie» de la bande des Heiltsuk. [Je souligne.]

On this basis, I would conclude that the appellants have not established that they were exercising an aboriginal right at the time the alleged offences were committed. I am prepared to agree that the Heiltsuk had an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain degree. The evidence demonstrated that the Heiltsuk had been engaged in such activities for some time before contact with the Europeans and those activities, at times, involved very large quantities of fish. As the evidence demonstrated, such activities had special significance to the Heiltsuk. After the resource had satisfied their own needs, they engaged in such trading activities only because they valued sharing resources with other bands who did not have access to such a resource. As the majority of the Court of Appeal put it, at para. 50: "[t]he aboriginal activity was rooted in a culture which gave significance to sharing a resource, to which one nation had ready access, while other Indian peoples did not." In that sense, the bartering and trading of herring spawn on kelp was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk Band because of the distinctive significance such activities had for them. That special significance is what made bartering and trading in herring spawn on kelp a part of their distinctive culture.

It is important to underline that the trial judge's findings of fact are to the effect that the activity of bartering and trading historically engaged in by the Heiltsuk people was not in itself of a kind that can be characterized as forming an integral part of their distinctive culture. Bartering and trading was integral to the distinctive culture of the Heiltsuk Band because of the context in which it occurred. Without it, such activity does not constitute an integral part of their distinctive culture and thus any trading and bartering that is not done in that context cannot in any way be said to form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk society.

Sur ce fondement, je conclurais que les appel-⁹⁴lants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral au moment des infractions reprochées. Je suis disposé à convenir que les Heiltsuk possédaient, dans une certaine mesure, un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech. La preuve a montré que les Heiltsuk exerçaient de telles activités depuis un certain temps déjà avant le contact avec les Européens, et que ces activités portaient parfois sur de très importantes quantités de poisson. Comme la preuve l'a démontré, ces activités avaient une importance spéciale pour les Heiltsuk. Une fois que la ressource leur avait permis de satisfaire leurs propres besoins, ils ne pratiquaient ce genre d'activités d'échange que parce qu'il était important pour eux de partager des ressources avec d'autres bandes n'ayant pas accès à celles-ci. Comme l'ont exprimé les juges de la majorité de la Cour d'appel, au par. 50: [TRADUCTION] «[l]es activités des autochtones étaient enracinées dans une culture qui accordait de l'importance au partage d'une ressource à laquelle une nation indienne avait, contrairement à d'autres, aisément accès.» En ce sens, les échanges de rogue de hareng sur varech faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk à cause de l'importance distinctive que celle-ci attachait à ces activités. Cette importance spéciale est ce qui faisait des échanges de rogue de hareng sur varech une partie de la culture distinctive de la bande.

Il importe de souligner que les conclusions de fait du juge du procès indiquent que les échanges pratiqués historiquement par les Heiltsuk n'étaient pas en soi un type d'activités pouvant être qualifiées de partie intégrante de la culture distinctive de ceux-ci. Ces activités d'échange faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la bande des Heiltsuk en raison du contexte dans lequel elles se déroulaient. En dehors de ce contexte, ces activités ne font pas partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk et, en conséquence, il est impossible d'affirmer que les échanges qui ne sont pas effectués dans ce contexte font partie intégrante de la culture distinctive de la société heiltsuk.

96

Accordingly, I agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the activities the appellants were engaged in when the offences were allegedly committed did not form an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk people. It is elementary that when the Heiltsuk trade herring spawn on kelp in large quantities to Japanese clients, they do so for the unique — although quite legitimate — purpose of satisfying their own financial interests and clearly not in pursuance of the values rooted in their cultural distinctiveness to which I have referred. Consequently, I do not think that the aboriginal rights of the Heiltsuk people are infringed because they cannot by virtue of such rights sell herring spawn on kelp as they wish to Japanese interests.

97

My conviction is strengthened by the fact that the evidence established that it was not before the 1970s that the Heiltsuk engaged in commercial activities involving herring spawn on kelp and that they did so in response to a strong demand for the product from Asian markets. The Heiltsuk herring spawn on kelp industry therefore developed in order to take advantage of an economic opportunity created by that strong demand (see also *Heiltsuk Indian Band v. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308). We are light years away from the ancient practice of sharing resources with fellow bands in furtherance of spiritual ideals.

98

In view of the different conclusion arrived at by the Chief Justice, however, it becomes important to examine in more detail the factual and evidentiary foundation that lies at the root of our disagreement. Briefly, the Chief Justice's conclusion is that the appellants had successfully established that when they offered to sell herring spawn on kelp — the events that led to the charges — they were exercising an aboriginal right. In his view, the facts as found by the trial judge, as well as the evidence he relied upon, supported the appellants' claim that the "exchange of herring spawn on kelp for money or other goods was a central, significant and defining feature of the culture of the Heiltsuk

Par conséquent, je suis d'accord avec le juge du procès et la majorité de la Cour d'appel que les activités exercées par les appelants au moment des infractions reprochées ne faisaient pas partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Il va de soi que lorsque les Heiltsuk vendent de la rogue de hareng sur varech en grandes quantités à des clients japonais, ils le font dans le but unique — quoique tout à fait légitime — de veiller à leurs propres intérêts financiers, et manifestement pas conformément aux valeurs enracinées dans la culture distinctive dont je viens de parler. En conséquence, je ne pense pas que les droits ancestraux des Heiltsuk ont été violés parce que ceux-ci ne peuvent pas, en vertu de ces droits, vendre à leur guise de la rogue de hareng sur varech à des clients japonais.

Ma conviction est renforcée par le fait que la preuve a établi que ce n'est qu'à compter des années 1970 que les Heiltsuk ont commencé à pratiquer des activités commerciales visant la rogue de hareng sur varech, et qu'ils l'ont fait pour répondre à la forte demande pour ce produit sur les marchés asiatiques. L'industrie de la rogue de hareng sur varech s'est donc développée chez les Heiltsuk en raison des possibilités économiques créées par cette forte demande (voir aussi la décision *Bande indienne des Heiltsuk c. Canada* (1993), 59 F.T.R. 308). Nous sommes à des années-lumière de l'ancienne pratique de partage des ressources avec des bandes amies dans la poursuite d'idéaux spirituels.

Toutefois, étant donné la conclusion différente tirée par le Juge en chef, il importe d'examiner plus en détail les faits et les éléments de preuve qui sont à la base de notre désaccord. En bref, le Juge en chef conclut que les appelants ont réussi à établir que, lorsqu'ils ont offert de vendre de la rogue de hareng sur varech — faits générateurs des accusations — ils exerçaient un droit ancestral. À son avis, les faits constatés par le juge du procès, ainsi que la preuve sur laquelle ce dernier s'est appuyé, étayaient la prétention des appelants que «l'échange de la rogue de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture

prior to contact" (at para. 26). He also added that the facts supported the appellants' further claim that "the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk" (at para. 26). He referred to the trial judge's comments, found under sub-heading 2 "Ancestral Activity ('Existing Rights')" of Part IV of his reasons, which I will for convenience repeat:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie [*sic*] dated 1793 refers to this trade and the defence lead [*sic*] evidence of several other references to such trade.

The Crown conceded that there may have been some incidental local trade but questions its extent and importance. The very fact that early explorers and visitors to the Bella Bella region noted this trading has to enhance its significance. All the various descriptions of this trading activity are in accord with common sense expectations. Obviously one would not expect to see balance sheets and statistics in so primitive a time and setting.

With respect, I cannot agree with the Chief Justice's conclusion. On the contrary, as I indicated earlier, my understanding of the trial judge's reasons is that he found the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the herring spawn on kelp. The findings of fact of the trial judge were so understood and accepted by both the British Columbia Supreme Court and the Court of Appeal. The appellants have not convinced me that these should be disturbed. As I see it, the confusion arises from the fact that the trial judge made some of his findings — in the first of the passages from his reasons cited earlier (para. 7) — in the course of addressing the issue of justification. These find-

distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens» (au par. 26). Il a ajouté que les faits appuyaient aussi la thèse des appelants que «l'échange de la roque de hareng sur varech, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk» (au par. 26). Il a fait état des observations formulées par le juge du procès, à la rubrique 2 [TRADUCTION] «Activité ancestrale («Droits existants»)», à la partie IV de ses motifs, observations que je vais répéter par souci de commodité:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu'il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la roque de hareng sur varech comme source de nourriture. C'est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d'autres tribus. Le journal d'Alexander McKenzie [*sic*] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté des éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le ministère public a concédé qu'il a pu y avoir certains échanges accessoires, mais il a mis en doute leur ampleur et leur importance. Le fait même que les premiers explorateurs et visiteurs de la région de Bella Bella aient noté ces échanges en accentue l'importance. Les diverses descriptions faites de ces activités d'échange concordent avec ce à quoi on peut logiquement s'attendre. Il va de soi que personne ne s'attend à trouver des bilans et des statistiques à une époque et en des lieux aussi primitifs.

En toute déférence, je ne peux souscrire à la conclusion du Juge en chef. Au contraire, comme je l'ai dit plus tôt, il appert selon moi des motifs du juge du procès que ce dernier a conclu que les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont tenté de vendre de la roque de hareng sur varech. Voilà comment et la Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont interprété et accepté les conclusions de fait du juge du procès. Les appelants ne m'ont pas persuadé qu'il y avait lieu de modifier ces conclusions. Selon moi, la confusion résulte du fait que le juge du procès a formulé certaines de ses conclusions — qui figurent dans le premier des extraits cités précédemment (au par. 7) — dans le

ings were relevant to the definition of the scope of the aboriginal right at issue rather than to the issue of justification and he should have concluded from these that the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the herring spawn on kelp.

100

To fully understand the trial judge's reasoning, it is important to carefully review the passage from his reasons to which I have just referred. On the one hand, the trial judge found that the appellants established that the Heiltsuk people had had in a particular context an aboriginal right to barter and trade herring spawn on kelp to a certain extent, based on the findings of facts he made, and to which the Chief Justice referred. But he clearly was of the opinion that this is not what the appellants were doing here. The nature, the extent and the context in which the impugned transactions took place were such that they had absolutely no relationship to the traditional activities of trading and bartering herring spawn on kelp that had given rise to an aboriginal right.

101

Anderson J. of the British Columbia Supreme Court also made comments relevant to the definition of the scope of the right at issue in the part of his reasons regarding justification. He first agreed with the trial judge that "the Heiltsuk Band historically had taken herring spawn on kelp for food and domestic purposes and also had engaged in inter-tribal trading and bartering of herring spawn and accordingly, that they had an aboriginal right to do so". But he added — in the course of dealing with justification — that he had not been able to "translate that right into an absolute and unfettered right to harvest herring spawn in any quantity and to sell the spawn so harvested commercially". The majority of the Court of Appeal correctly interpreted the scope of the trial judge's analysis that, at the end of the day, indicated that the appellants had failed to establish that they were exercising an aboriginal right when they offered to sell the herring spawn

de son analyse de la question de la justification. Ces constatations étaient pertinentes pour la définition de la portée du droit ancestral en cause plutôt qu'à l'égard de la question de la justification, et le juge du procès aurait dû en conclure que les appelants n'avaient pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech.

Pour bien comprendre le raisonnement du juge du procès, il est important d'étudier attentivement le passage de ses motifs dont je viens de parler. Le juge du procès a bien statué, sur la foi des conclusions de fait qu'il a tirées et dont le Juge en chef a fait état, que les appelants avaient établi que les Heiltsuk avaient possédé, dans un contexte particulier, un droit ancestral d'échanger de la rogue de hareng sur varech dans une certaine mesure. Toutefois, il était clairement d'avis que ce n'était pas ce que les appelants avaient fait en l'espèce. La nature, l'ampleur et le contexte des opérations reprochées étaient absolument sans rapport avec les activités traditionnelles d'échange de rogue de hareng sur varech qui avaient donné naissance à un droit ancestral.

Le juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a lui aussi fait des observations pertinentes quant à la définition de la portée du droit en cause dans la partie de ses motifs traitant de la justification. Il a d'abord souscrit aux propos du juge du procès selon lesquels [TRADUCTION] «la bande des Heiltsuk avait historiquement récolté de la rogue de hareng sur varech pour se nourrir et pour des fins domestiques, en plus d'échanger cette ressource à d'autres tribus, de sorte qu'elle avait un droit ancestral de le faire». Cependant, il a ajouté — dans son examen de la question de la justification — qu'il avait été incapable de [TRADUCTION] «considérer ce droit comme étant un droit absolu et illimité de récolter n'importe quelle quantité de rogue de hareng et de vendre cette récolte commercialement». La Cour d'appel à la majorité a correctement interprété la portée de l'analyse du juge du procès qui l'a, en bout de ligne, amené à conclure que les appelants n'avaient pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont offert de vendre de la rogue

on kelp. Macfarlane J.A. had this to say, at paras. 49-52:

It is clear that the trial judge and the summary appeal judge did not view the activity in question as being an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk people. I agree that the activity is different in nature and quality than the aboriginal right identified by the evidence.

The case is not one that turns on quantity, although both judges below took account of the quantity involved. There was evidence of considerable quantities being transported to other Indians in aboriginal times. But the quality and character of the activity in aboriginal times was quite different from that disclosed by the evidence in this case. The aboriginal activity was rooted in a culture which gave significance to sharing a resource, to which one nation had ready access, while other Indian peoples did not.

Both judges below said that the activity in question in this case was not of the same character as the activity which attracts protection as an aboriginal right.

In my view, the appellants have not established that they were exercising an aboriginal right when they attempted to sell the product in Vancouver. [Emphasis added.]

As the Chief Justice explained in his reasons in *Van der Peet, supra*, taking into account the perspective of the aboriginal people is necessary because one of the purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. But it is also necessary to do so in order to properly delineate the scope of aboriginal rights. The perspective a given aboriginal people had regarding a given practice indicates its place within its society and, ultimately, whether it was integral to its distinctive culture and to what extent. This, I think, is clear from the reasons of the Chief Justice in *Van der Peet* (see para. 58) as I understand them, but, with respect, I do not think it was properly taken into account in his analysis

de hareng sur varech. Le juge Macfarlane a dit ceci, aux par. 49 à 52:

[TRADUCTION] De toute évidence, le juge du procès et le juge d'appel des poursuites sommaires n'ont pas considéré que les activités en question faisaient partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk. Je suis d'accord que ces activités diffèrent, de par leur nature et leur qualité, du droit ancestral révélé par la preuve.

Les quantités ne sont pas l'élément déterminant du présent litige, bien que les deux juges des juridictions inférieures aient tenu compte de la quantité en cause. Il y avait des éléments de preuve indiquant que des quantités considérables étaient transportées chez d'autres Indiens aux temps des aborigènes. Toutefois, les activités exercées aux temps des aborigènes étaient très différentes, de par leur qualité et leur nature, de celles révélées par la preuve en l'espèce. Les activités des autochtones étaient enracinées dans une culture qui accordait de l'importance au partage d'une ressource à laquelle une nation indienne avait, contrairement à d'autres, aisément accès.

Les deux juges des juridictions inférieures ont dit que les activités en question n'étaient pas de la même nature que celles justifiant d'être protégées à titre de droit ancestral.

À mon avis, les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont tenté de vendre le produit à Vancouver. [Je souligne.]

Comme le Juge en chef l'a expliqué dans ses motifs dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, il faut tenir compte du point de vue des autochtones parce que l'un des objets du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Cependant, il est également nécessaire de le faire pour bien délimiter la portée des droits ancestraux. Le point de vue qu'avait un peuple autochtone donné à l'égard d'une certaine pratique indique la place de cette pratique dans cette société et, en définitive, si cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de ce peuple et, si oui, dans quelle mesure. À mon avis, cela ressort clairement des motifs du Juge en chef dans *Van der Peet* (voir le par. 58), mais, en toute déférence, je ne crois qu'il en ait été tenu adéquatement compte dans l'analyse du Juge en chef dans le présent

here given the findings of fact made by the trial judge.

103 The conclusion arrived at by the Chief Justice to the effect that the facts supported the appellants' further claim that "the exchange of herring spawn on kelp on a scale best characterized as commercial was an integral part of the distinctive culture of the Heiltsuk" people, therefore, seems to me wholly inconsistent with the findings of fact made by the trial judge and confirmed by both appellate courts to the effect that the impugned transactions lacked that fundamental element upon which it was found that historical trading and bartering practices was an aboriginal right. That is why I cannot agree with the Chief Justice's analysis and conclusion.

104 I would add that in *Van der Peet, supra*, the Chief Justice held, at para. 59, that a "practical way" to assess whether a given activity was integral to the distinctive culture of a given aboriginal society is to ask "whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is". I do not think it is possible in the present case to answer this question in the affirmative when the evidence and the findings of fact made by the trial judge upon it, and followed by both appellate courts, are properly taken into account. The impugned transactions occurred outside the particular context that constitutes the specific reason why ancient trading and bartering practices were considered integral to the distinctive culture of the Heiltsuk.

105 I, therefore, conclude that the appellants have failed to establish that, in engaging in the activities that have given rise to this litigation, they were exercising an aboriginal right.

2. *The Issue of Extinction*

106 Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* guarantees existing treaty and aboriginal rights. As this Court noted in *Sparrow, supra*, this implies that rights falling within the purview of s. 35(1) are those which had not been extinguished by the

pourvoi, eu égard aux conclusions de fait du juge du procès.

La conclusion du Juge en chef, selon laquelle les faits appuyaient aussi la thèse des appelants que [TRADUCTION] «l'échange de la roque de hareng sur varech, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk», me semble donc tout à fait incompatible avec les conclusions de fait du juge du procès — confirmées par les deux juridictions d'appel — portant que les opérations reprochées étaient dépourvues de l'élément fondamental qui avait permis de conclure que les pratiques historiques d'échange constituaient un droit ancestral. Voilà pourquoi je ne peux souscrire à l'analyse et à la conclusion du Juge en chef.

J'ajouterais que, dans *Van der Peet*, précité, le Juge en chef a statué, au par. 59, qu'une «façon pratique» de déterminer si une activité donnée faisait partie intégrante de la culture distinctive d'une société autochtone donnée est de se demander «si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente». Je ne pense pas qu'il soit possible de répondre par l'affirmative à cette question dans la présente espèce si l'on prend correctement en considération la preuve ainsi que les conclusions de fait qui ont été tirées par le juge du procès à partir de celle-ci et suivies par les deux juridictions d'appel. Les opérations reprochées sont survenues hors du contexte particulier qui constitue la raison précise pour laquelle les anciennes pratiques d'échange ont été considérées comme faisant partie intégrante de la culture distinctive des Heiltsuk.

En conséquence, je conclus que les appelants n'ont pas établi qu'ils exerçaient un droit ancestral lorsqu'ils ont accompli les activités ayant donné naissance au présent litige.

2. *La question de l'extinction*

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit les droits existants — ancestraux ou issus de traités. Comme notre Cour l'a signalé dans l'arrêt *Sparrow*, précité, cela signifie que les droits visés au par. 35(1) sont ceux qui n'avaient

Crown pursuant to its power to do so when this provision came into force on April 17, 1982. The Court also made clear in *Sparrow* that the party invoking extinguishment has the onus of demonstrating that the Crown had expressed a clear and plain intention of extinguishing the aboriginal right at issue.

It is important at the outset to emphasize that, contrary to the views of Lambert J.A., the *Sparrow* decision only stands for the proposition that the Crown had not expressed a clear and plain intention to extinguish aboriginal rights regarding fishing for food, including social and ceremonial purposes, in British Columbia. This Court was very careful to confine its reasons to the specific circumstances of that case and it would be incorrect to hold that *Sparrow* stands for the proposition that the Crown has never expressed any intention to extinguish aboriginal rights — assuming they exist — relating to fishing for commercial or livelihood purposes. The Court stated, at p. 1101:

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

Before this Court, the Crown's argument was twofold. Its first submission was that Order in Council P.C. 2539 dated September 11, 1917, reveals a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia. Alternatively, it submitted that the fisheries regulations applicable in British Columbia regarding commercial harvesting of herring spawn on kelp before the coming into force of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* intended to limit aboriginal

pas été éteints par l'État en vertu du pouvoir qu'il avait de le faire quand ce paragraphe est entré en vigueur le 17 avril 1982. Notre Cour a également clairement indiqué qu'il incombe à la partie qui invoque l'extinction du droit ancestral en cause de démontrer que l'État a exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre ce droit.

Il importe au départ de souligner que, contrairement à l'opinion du juge Lambert de la Cour d'appel, l'arrêt *Sparrow* permet seulement d'affirmer que l'État n'avait pas exprimé l'intention claire et expresse d'éteindre les droits ancestraux en ce qui concerne la pêche pratiquée à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles, en Colombie-Britannique. Notre Cour a pris grand soin de s'en tenir, dans ses motifs, aux circonstances spécifiques de l'espèce, et il serait inexact de conclure que l'arrêt *Sparrow* permet d'affirmer que l'État n'a jamais exprimé l'intention d'éteindre — à supposer qu'ils existent — des droits ancestraux de pêcher à des fins commerciales ou de subsistance. À la page 1101, notre Cour a dit ceci:

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

Devant notre Cour, le ministère public a présenté un argument à deux volets. D'une part, il a soutenu que le décret C.P. 2539 daté du 11 septembre 1917 révèle l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre tout droit ancestral relatif à la pêche commerciale en Colombie-Britannique. D'autre part, il a affirmé que le règlement de pêche concernant la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech qui s'appliquait en Colombie-Britannique avant l'entrée en vigueur du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* visait à limiter

activity in a way that indicates the required clear and plain intention to extinguish the aboriginal right at issue.

109 The Crown urges this Court to consider Order in Council P.C. 2539 carefully. The point, I think, is important, for in my view the Order in Council reveals a plain, clear and unequivocal intention on the part of the Crown to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia, and I shall first turn to that issue.

110 Order in Council P.C. 2539 amended s. 8(2) of the *Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia* dated February 9, 1915 in order to give the fishing authorities more effective means to enforce the prohibition regarding commercial fisheries found at that time in the regulations relating to the Indian food fishing rights, while also vesting in the Chief Inspector of Fisheries the power to require permits for Indian fishing for food. As this Court held in *Sparrow, supra*, at p. 1096, "[t]he 1917 regulations were intended to make still stronger the provisions against commercial fishing in the exercise of the Indian right to fish for food" (emphasis added). The prohibition found in s. 8(2) had been introduced in the *1894 Regulations* (as s. 1), one of the very first enactments dealing with Indian Fisheries in British Columbia. Although I have found it useful to underline some key passages, it is necessary to consider Order in Council 2539 in its entirety in order to fully understand its meaning. It reads:

Whereas it is represented that since time immemorial, it has been the practice of the Indians of British Columbia to catch salmon by means of spears and otherwise after they have reached the upper non-tidal portions of the rivers;

And whereas while after commercial fishing began it became eminently desirable that all salmon that succeeded in reaching the upper waters should be allowed to go on to their spawning beds unmolested, in view of the great importance the Indians attached to their prac-

les activités des autochtones, d'une manière indiquant l'existence de l'intention claire et expresse requise pour entraîner l'extinction du droit ancestral en cause.

Le ministère public invite notre Cour à examiner attentivement le décret C.P. 2539. Ce point est, je crois, important car à mon avis le décret révèle l'intention claire, expresse et non équivoque de l'État d'éteindre tout droit ancestral relatif à la pêche commerciale en Colombie-Britannique. Je vais donc l'examiner en premier lieu.

Le décret C.P. 2539 a modifié le par. 8(2) des *Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, datés du 9 février 1915, afin de donner aux responsables de la pêche des moyens plus efficaces de faire respecter l'interdiction concernant la pêche commerciale qui figurait alors dans le règlement régissant les droits des Indiens de pêcher à des fins alimentaires, et de conférer à l'inspecteur en chef des pêcheries le pouvoir d'exiger que les Indiens se procurent des permis les autorisant à pêcher pour se nourrir. Comme a conclu notre Cour dans *Sparrow*, précité, à la p. 1096, «[l]e règlement de 1917 avait pour but de rendre encore plus sévères les dispositions interdisant la pêche commerciale dans l'exercice du droit des Indiens de pêcher à des fins alimentaires» (je souligne). L'interdiction énoncée au par. 8(2) avait été introduite par le *Règlement de 1894* (à l'art. 1), l'un des tout premiers textes de loi portant sur la pêche indienne en Colombie-Britannique. Même si j'ai jugé utile de souligner certains passages clefs du décret C.P. 2539, il est nécessaire d'examiner celui-ci dans son ensemble afin de bien en saisir le sens. Voici le texte du décret:

[TRADUCTION] Attendu qu'on fait valoir que, depuis des temps immémoriaux, les Indiens de la Colombie-Britannique ont pour pratique de capturer le saumon au harpon ou par d'autres moyens après que le poisson a atteint les parties supérieures des eaux sans marée des cours d'eau;

Et attendu que, depuis le début de la pêche commerciale, il est devenu éminemment souhaitable que tous les saumons qui réussissent à remonter dans ces eaux puissent atteindre indemnes les frayères, vu la grande importance que les Indiens attachent à cette pratique, il

tice of catching salmon they have permitted to do so for their own food purposes only, and to this end subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for British Columbia provides as follows: —

"2. Indians may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for themselves and their families, but for no other purpose; but no Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved."

And whereas notwithstanding this concession, great difficulty is being experienced in preventing the Indians from catching salmon in such waters for commercial purposes and recently, an Indian was convicted before a local magistrate for a violation of the above quoted regulation, the evidence being that he had been found fishing and subsequently selling fish. The case was appealed and the decision of the magistrate reversed, it being held that there was no proof that the fish caught by the Indian were those sold by him;

And whereas it is further represented that it is practically impossible for the Fishery Officers to keep fish that may be caught by the Indians in non-tidal waters, ostensibly for their own food purposes, under observation from the time they are caught until they are finally disposed of in one way or another;

And whereas the Department of the Naval Service is informed that the Indians have concluded that this regulation is ineffective, and this season arrangements are being made by them to carry on fishing for commercial purposes in an extensive way;

And whereas it is considered to be in the public interest that this should be prevented and the Minister of the Naval Service, after consultation with the Department of Justice on the subject, recommends that action as follows be taken;

Therefore His Excellency the Governor General in Council, under the authority of section 45 of the Fisheries Act, 4-5 George V, Chapter 8, is pleased to order and it is hereby ordered as follows: —

Subsection 2 of section 8 of the Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia, adopted

leur a été permis de le faire pour se nourrir seulement; et, à cette fin, le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique prévoit ce qui suit: —

«2. Les Indiens, avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé; toutefois, nul Indien ne doit faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.»

Et attendu que, en dépit de cette concession, il est très difficile d'empêcher les Indiens de pêcher le saumon à des fins commerciales dans ces eaux et que, récemment, un Indien a été déclaré coupable par un magistrat local d'une infraction au règlement précité, la preuve ayant établi qu'il avait pêché et ensuite vendu le poisson capturé. L'affaire a été portée en appel et la décision du magistrat infirmée, le tribunal statuant qu'il n'y avait aucune preuve que les poissons pris par l'Indien étaient ceux qu'il avait vendus;

Et attendu qu'on fait aussi valoir qu'il est pratiquement impossible pour les surveillants des pêches d'observer constamment le poisson qui a pu être pris par les Indiens dans les eaux sans marée, apparemment pour leur propre alimentation, depuis le moment où il est pris jusqu'à celui où il en est disposé définitivement, d'une manière ou d'une autre;

Et attendu que le ministère du Service naval a été informé que les Indiens ont conclu que ce règlement est inefficace, et que, cette saison, ils font des préparatifs en vue de pêcher à des fins commerciales sur une grande échelle;

Et attendu qu'il est jugé être dans l'intérêt public d'empêcher ces activités, et que le ministère du Service naval, après avoir consulté le ministère de la Justice à cet égard, recommande que soient prises les mesures suivantes;

À ces causes, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil, sous l'empire de l'article 45 de la *Loi sur les pêcheries*, 4-5 George V, chapitre 8, de décréter ce qui suit: —

Le paragraphe 2 de l'article 8 des Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique, pris par

by Order in Council of the 9th February, 1915, is hereby rescinded, and the following is hereby enacted and substituted in lieu thereof: —

"2. An Indian may, at any time, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, catch fish to be used as food for himself and his family, but for no other purpose An Indian shall not fish for or catch fish pursuant to the said permit except in the waters by the means or in the manner and within the time limit expressed in the said permit, and any fish caught pursuant to any such permit shall not be sold or otherwise disposed of and a violation of the provisions of the said permit shall be deemed to be a violation of these regulations.

(a) Proof of a sale or of a disposition by any other means by an Indian of any fish shall be prima facie evidence that such fish was caught by the said Indian, and that it was caught for a purpose other than to be used as food for himself or his family, and shall throw on the Indian the onus of proving that such fish was not caught under or pursuant to the provisions of any such permit.

(b) No Indian shall spear, trap or pen fish on their spawning grounds, or in any place leased or set apart for the natural or artificial propagation of fish, or in any other place otherwise specially reserved.

(c) Any person buying any fish or portion of any fish caught under such permit shall be guilty of an offence against these regulations." [Emphasis added.]

décret daté du 9 février 1915, est par les présentes abrogé et remplacé par ce qui suit: —

«2. Les Indiens avec la permission de l'inspecteur en chef des pêcheries, peuvent en tout temps capturer du poisson destiné à leur alimentation et à celle de leur famille, mais il leur est défendu de faire servir à d'autres fins, le poisson ainsi capturé. [...] Les Indiens n'ont pas le droit de capturer les espèces de poisson spécifiées, si ce n'est dans les eaux, d'après le procédé, et à l'époque prescrite dans ce permis, et ils ne peuvent ni les vendre ni en disposer autrement; toutes violations des dispositions du permis constituent une infraction à ces règlements.

a) Le fait pour un indien de vendre du poisson ou d'en disposer de toute autre façon constitue une preuve suffisante pour faire soupçonner que le poisson a été capturé par cet indien, et qu'il l'a été dans un but étranger à celui de son alimentation ou celle de sa famille; il lui devient conséquemment nécessaire de prouver que ce poisson n'a pas été pêché en vertu des dispositions du permis.

b) Nul indien ne peut faire usage de harpons ou de pièges, ni ne peut enfermer des poissons dans les frayères ni dans aucun autre endroit affecté à la reproduction naturelle ou artificielle du poisson, ni en tout autre lieu réservé.

c) Toute personne achetant du poisson ou un morceau de poisson capturé en vertu d'un tel permis se rend passible d'un délit contre ces règlements.» [Je souligne.]

111

The key to a proper understanding of the Order in Council lies in its preamble, in which the purpose and rationale of the prohibition is clearly stated. In the first two paragraphs of the preamble; there is an explicit reference to (a) the fact that the aboriginal peoples of British Columbia had been catching salmon by means of spears and otherwise "since time immemorial" and to (b) the fact that, in view of the great importance the aboriginal people of British Columbia attached to that practice, they have been permitted to do so for their own food purposes as provided for in s. 8(2) of the 1915 regulations. To me, this constitutes explicit recognition on the part of the Crown of the importance of allowing the aboriginal people of British Columbia to catch fish as they had been doing since time immemorial. Therefore, the permission provided for in s. 8(2) constitutes a positive legislative rec-

La clef pour bien interpréter le décret réside dans son préambule, où sont clairement énoncés l'objet et la raison d'être de l'interdiction. Dans les deux premiers paragraphes du préambule, on fait explicitement mention: a) du fait que les peuples autochtones de la Colombie-Britannique ont pris du saumon à l'aide de harpons ou par d'autres moyens «depuis des temps immémoriaux»; b) du fait que, vu la grande importance qu'accordaient à cette pratique les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, ils étaient autorisés à la poursuivre pour satisfaire leurs propres besoins alimentaires, conformément au par. 8(2) du règlement de 1915. À mon sens, cela constitue la reconnaissance explicite par l'État du fait qu'il était important de permettre aux autochtones de la Colombie-Britannique de prendre le poisson comme ils l'avaient fait depuis des temps immé-

ognition of the aboriginal people's right to engage in fishing practices they had engaged in since time immemorial and which had great importance to them. In other words, in light of this preamble, s. 8(2) constitutes the translation of an acknowledged aboriginal practice into a statutory right.

However, it is expressly noted in the preamble, as it is in s. 8(2), that this "concession" on the part of the Crown in favour of aboriginal peoples of British Columbia regarding traditional fishing practices was not to have any commercial dimension. In other words, the Crown refused to recognize that traditional aboriginal fishing practices could in any way translate into statutory rights relating to commercial fisheries while expressly providing that engaging in commercial practices in the exercise of the Indian statutory right to food fishing was prohibited and constituted a regulatory offence.

I cannot come to any other conclusion than that Order in Council P.C. 2539 evinces a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish aboriginal rights relating to commercial fisheries — should they ever have existed. When the Crown has specifically chosen to address the issue of the translation of aboriginal practices into statutory rights and has expressly decided to limit the scope of these rights, as was done in British Columbia in relation to Indian fishing practices, then it follows, in my view, that aboriginal rights relating to practices that were specifically excluded were thereby extinguished.

I also note that, as the respondent explained, s. 8(2) has always been a central feature of the regulatory scheme regarding the Indian food fishery in British Columbia since 1894 (*Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 650); see, for example, s. 13(2) of the 1922 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 1918), s. 15 of the 1925 Regulations (*Special Fishery Regulations for the*

moriaux. Par conséquent, la permission accordée au par. 8(2) constitue une reconnaissance concrète dans la loi du droit des autochtones de poursuivre les pratiques qu'ils suivaient depuis des temps immémoriaux et qui avaient pour eux une grande importance. Autrement dit, vu sous l'éclairage de ce préambule, le par. 8(2) fait d'une pratique autochtone reconnue un droit prévu par la loi.

Toutefois, il est expressément souligné dans le préambule, tout comme au par. 8(2), que cette «concession» de l'État en faveur des peuples autochtones de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les pratiques traditionnelles de pêche n'aurait pas de dimension commerciale. En d'autres mots, l'État refusait de reconnaître que les pratiques traditionnelles de pêche des autochtones pouvaient, de quelque manière que ce soit, être converties en droits de pêche commerciale, et indiquait expressément qu'il était interdit de s'adonner à des pratiques commerciales dans l'exercice du droit qu'avaient les Indiens en vertu de la loi de pêcher pour se nourrir, et que de telles pratiques constituaient des infractions au règlement.

Je ne peux que conclure qu'il ressort du décret C.P. 2539 une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale — si ces droits ont jamais existé. Lorsque l'État a spécifiquement choisi de prendre des mesures concernant la question de la conversion de pratiques autochtones en droits prévus par la loi, et qu'elle a expressément décidé de limiter la portée de ces droits, comme ce fut le cas en Colombie-Britannique relativement aux pratiques des Indiens en matière de pêche, il s'ensuit, à mon avis, que les droits ancestraux touchant des pratiques qui ont été spécifiquement exclues ont, de ce fait, été éteints.

Je souligne également que, comme l'a expliqué l'intimée, le par. 8(2) a toujours été un aspect central du régime de réglementation touchant la pêche pratiquée à des fins alimentaires par les Indiens en Colombie-Britannique depuis 1894 (*Règlement de pêche de la Colombie-Britannique*, C.P. 650); voir, par exemple, le par. 13(2) du Règlement de 1922 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 1918), l'art. 15 du Règlement de

112

113

114

Province of British Columbia, P.C. 483), s. 11(2) of the 1930 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 512), s. 10(2) of the 1938 Regulations (*Special Fishery Regulations for the Province of British Columbia*, P.C. 899), s. 32 of the 1954 Regulations (*British Columbia Fishery Regulations*, SOR/54-659), s. 29 of the 1977 Regulations (*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/77-716), s. 27 of the 1984 Regulations (*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248). Thus, in light of the provision's rationale as stated explicitly in Order in Council 2539, it seems to me that it has always been a central feature of the regulatory scheme regarding the Indian food fishery in British Columbia that the Crown did not perceive the Indians' fishing rights rooted in practices integral to their distinctive culture for centuries as extending to commercial fisheries.

1925 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 483), le par. 11(2) du Règlement de 1930 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 512), le par. 10(2) du Règlement de 1938 (*Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique*, C.P. 899), l'art. 32 du Règlement de 1954 (*Règlement de pêche de la Colombie-Britannique*, DORS/54-659), l'art. 29 du Règlement de 1977 (*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/77-716) et l'art. 27 du Règlement de 1984 (*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248). Par conséquent, à la lumière de la raison d'être de la disposition, qui est explicitement énoncée dans le décret C.P. 2539, il me semble que le point de vue de l'État — selon lequel les droits de pêche des Indiens enracinés dans des pratiques faisant partie intégrante de leur culture distinctive depuis des siècles ne s'étendaient pas à la pêche commerciale — a toujours été une caractéristique centrale du régime de réglementation visant la pêche pratiquée à des fins alimentaires par les Indiens en Colombie-Britannique.

¹¹⁵ My colleague Justice McLachlin, in her reasons, expresses the opinion in *Van der Peet*, *supra*, that Order in Council P.C. 2539 did not extinguish aboriginal rights to fish commercially for two reasons. The first is that a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish an aboriginal right can only be found if three elements are present: acknowledgment of an aboriginal right, conflict of the right proposed with policy and resolution of the two. Order in Council P.C. 2539 fails to meet that test, she states, because "[t]here is no recognition in the words of the regulation of any aboriginal right to fish"; see para. 289. Her second reason is that aboriginal peoples of British Columbia have never been totally prohibited from engaging in commercial fisheries since it has always been available to them to do so according to the regulatory scheme relating to commercial fisheries.

Dans ses motifs dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, ma collègue le juge McLachlin exprime l'avis que le décret C.P. 2539 n'a pas éteint les droits ancestraux de pêche commerciale, et ce pour deux raisons. La première est qu'il n'est possible de conclure à l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre un droit ancestral que si trois éléments sont réunis: la reconnaissance de l'existence d'un droit ancestral; un conflit entre le droit revendiqué et la politique proposée; la résolution du conflit. Or, affirme-t-elle, le décret C.P. 2539 ne satisfait pas à ce critère, parce que «[l]e texte du règlement ne reconnaît d'aucune façon l'existence de quelque droit de pêche ancestral»; voir le par. 289. La seconde raison est qu'il n'a jamais été totalement interdit aux peuples autochtones de la Colombie-Britannique de participer à la pêche commerciale, puisqu'il leur a toujours été loisible de le faire conformément au régime de réglementation visant cette pêche.

¹¹⁶ I do not agree with my colleague that finding a clear and plain intention should require an

Je ne souscris pas à l'avis de ma collègue que, pour conclure à l'existence d'une intention claire

acknowledgment of the existence of an aboriginal right on the part of the Crown. Although the fiduciary nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples must be taken into account in assessing whether or not a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right exists in a given scheme, one must be careful not to set standards that could realistically never be met by the Crown since this would, as a practical matter, render virtually meaningless the Crown's power to extinguish aboriginal rights. Historically, the Crown has always been very reluctant to recognize any legal effect to concepts such as "aboriginal rights" and "aboriginal title", as this Court discussed at length in *Sparrow, supra*, at pp. 1103 *et seq.* This historical reality cannot be ignored in assessing whether a plain and clear intention to extinguish an aboriginal right exists in a given context. To require specific acknowledgment of the existence of an aboriginal right by the Crown in the manner proposed by my colleague McLachlin J. would for that reason not, in my view, be realistic. Indeed such an approach has been implicitly rejected by this Court; see, for example, *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654.

I also disagree with my colleague's reasoning that Order in Council P.C. 2539 does not constitute a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right because aboriginal peoples had always been permitted to participate in commercial fisheries in accordance with the distinct regulatory scheme relating to commercial fisheries. As I mentioned, I think the Order in Council speaks for itself. It seems to me that when, in regulations dealing specifically with the rights of the Indians to fish, it prohibited them from engaging in commercial fisheries, it must have intended to limit their rights *qua* Indians. I do not see that it is necessary for the Crown to prohibit them from fishing under regulations directed not only to Indians but also to all members of the public.

et expresse, il faut qu'il y ait reconnaissance par l'État de l'existence d'un droit ancestral. Même si la nature fiduciaire des rapports entre l'État et les peuples autochtones doit être prise en considération dans l'examen de la question de savoir s'il se dégage d'un régime donné une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral, il faut avoir soin de ne pas fixer de normes auxquelles l'État ne pourrait réalistement jamais satisfaire, car, dans la pratique, cela rendrait virtuellement sans effet le pouvoir de l'État d'éteindre des droits ancestraux. Historiquement, l'État a toujours été très réticent à reconnaître quelque effet juridique à des concepts tels que les «droits ancestraux» et le «titre aborigène», comme il ressort de l'examen approfondi fait par notre Cour dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1103 et suiv. Il ne faut pas faire abstraction de cette réalité historique dans l'examen de la question de savoir s'il existe, dans un contexte donné, une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral. Voilà pourquoi il serait irréaliste, à mon sens, d'exiger la reconnaissance spécifique par l'État de l'existence d'un droit ancestral, comme le propose ma collègue le juge McLachlin. De fait, notre Cour a implicitement rejeté une telle approche; voir, par exemple, l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.

Je ne suis pas d'accord non plus avec le raisonnement de ma collègue lorsqu'elle dit que le décret C.P. 2539 n'indique pas une intention claire et expresse d'éteindre un droit ancestral parce que les autochtones ont toujours été autorisés à participer à la pêche commerciale conformément au régime de réglementation distinct applicable à cette pêche. Comme je l'ai dit plus tôt, j'estime que le texte du décret est éloquent. Il me semble que lorsque, dans un règlement portant précisément sur les droits de pêche des Indiens, l'État interdisait à ceux-ci de pratiquer la pêche commerciale, il devait avoir l'intention de limiter les droits dont ils jouissaient en qualité d'Indiens. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que l'État interdise aux Indiens de pêcher dans un règlement qui s'appliquerait non seulement à eux, mais aussi à tous les membres du public.

118 It is also important to note that although commercial fishing was, generally speaking, not totally prohibited, commercial harvesting of herring spawn on kelp was the subject of a total prohibition until 1974. For that reason, the considerations to be taken into account at this stage of the analysis are different from those in *Van der Peet, supra*, because in that case a general aboriginal right to commercial fisheries was claimed, as opposed to the more specific right to commercial harvesting of herring spawn on kelp claimed in the instant case. This leads me to discuss briefly the Crown's second submission.

119 The Crown argued that a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish the aboriginal right claimed by the appellants could be found in the regulatory scheme relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp. That scheme has for many years prohibited commercial harvesting of herring spawn on kelp, as indicated by the Chief Justice and McLachlin J., although since 1974 the activity has been permitted to those to whom a licence has been issued for that purpose. The Crown urges this Court to distinguish the regulations at issue in *Sparrow, supra*, on the basis that those regulations were concerned with protecting the food fishery for aboriginal people and were, therefore, found to constitute an affirmation of that right.

120 The Chief Justice dismissed the argument on the basis that the regulatory scheme relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp was analogous to that discussed in *Sparrow, supra*. There, this Court addressed the question of extinguishment in the context of the aboriginal right of the Musqueam Indians of British Columbia to fish for food and ceremonial purposes. This Court's analysis demonstrated that, over the years, Indian fishing for food and ceremonial purposes had been progressively regulated; see pp. 1095 *et seq.* as well as the reasons of Dickson J. (as he then was) in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at pp. 308 *et seq.* But, however regulated the activity became, this Court refused to find that the aborigi-

Il importe en outre de souligner que, même si la pêche commerciale n'était pas, de façon générale, totalement interdite, la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech a fait l'objet d'une interdiction totale jusqu'en 1974. Pour cette raison, les facteurs dont il faut tenir compte à cette étape de l'analyse ne sont pas les mêmes que dans *Van der Peet*, précité, étant donné que, dans cette affaire, l'on revendiquait un droit ancestral général de pratiquer la pêche commerciale, par opposition au droit plus spécifique réclamé en l'espèce, soit celui de récolter commercialement de la rogue de hareng sur varech. Cela m'amène à examiner brièvement le second argument du ministère public.

Le ministère public a soutenu qu'il était possible de dégager du régime de réglementation visant la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre le droit ancestral revendiqué par les appellants. Ce régime a, pendant de nombreuses années, interdit la récolte commerciale de cette ressource, comme l'ont indiqué le Juge en chef et le juge McLachlin, quoique, depuis 1974, les titulaires de permis délivrés à cette fin peuvent exercer cette activité. Le ministère public invite notre Cour à établir une distinction entre le règlement visé en l'espèce et celui en cause dans *Sparrow*, précité, parce que le second visait à protéger le droit des autochtones de pêcher pour se nourrir, et qu'il a, en conséquence, été jugé qu'il constituait une confirmation de ce droit.

Le Juge en chef a rejeté cet argument pour le motif que le régime de réglementation de la récolte commerciale de la rogue de hareng sur varech était analogue au régime examiné dans *Sparrow*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour a examiné la question de l'extinction dans le contexte du droit ancestral des Indiens Musqueams de la Colombie-Britannique de pêcher à des fins alimentaires et rituelles. L'analyse de notre Cour a démontré que, au fil des ans, la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires et rituelles avait été progressivement réglementée: voir les pp. 1095 *et suiv.*, ainsi que les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, aux pp. 308 *et suiv.* Toutefois, peu

nal right of fishing for food and social and ceremonial purposes had been extinguished. The Court had this to say, at pp. 1097 and 1099:

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulations does not mean that the right is thereby extinguished.

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

If this were all, I would be inclined to agree with the Chief Justice's position on this point. But I think there is an important distinction to be drawn between the regulations at issue here and those discussed in *Sparrow*. While commercial harvesting of herring spawn on kelp had been totally prohibited in British Columbia until 1974, Indian fishing for food including social and ceremonial purposes had never been prohibited when s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* came into force. For this reason, I would refrain from holding that the reasoning adopted by this Court in *Sparrow*, which was to the effect that mere regulation of a right does not amount to a clear and plain intention to extinguish an aboriginal right, would be determinative of the Crown's second argument in the present case.

However, I prefer not to discuss this issue in further detail and will not, therefore, discuss whether the prohibition relating to commercial harvesting of herring spawn on kelp in force until 1974 in itself indicates a plain and clear intention on the part of the Crown to extinguish the aboriginal right

importe le degré de réglementation auquel l'activité est devenue assujettie, notre Cour a refusé de conclure que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles avait été éteint. Elle a dit ceci, aux pp. 1097 et 1099:

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.

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

Si c'était tout, je serais porté à souscrire à la position du Juge en chef sur ce point. Cependant, je crois qu'il faut faire une distinction importante entre le règlement visé en l'espèce et celui en cause dans *Sparrow*. Alors que la récolte commerciale de la roque de hareng sur varech a été totalement interdite en Colombie-Britannique jusqu'en 1974, la pêche pratiquée par les Indiens à des fins alimentaires, y compris à des fins sociales et rituelles, ne l'avait jamais été lorsque le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est entré en vigueur. Pour cette raison, je m'abstiendrais de conclure que le raisonnement suivi par notre Cour dans *Sparrow*, savoir que la simple réglementation d'un droit ancestral ne constitue pas une intention claire et expresse d'éteindre ce droit, est déterminant à l'égard du second argument du ministère public dans la présente espèce.

Toutefois, je préfère ne pas examiner ce point¹²² plus en détail, et je ne vais donc pas trancher la question de savoir si l'interdiction de récolter commercialement de la roque de hareng sur varech qui a été en vigueur jusqu'en 1974 indique en soi une intention claire et expresse de l'État d'éteindre le

claimed by the appellants. It is not necessary for me to do so since I have already concluded that the Crown has expressed a clear and plain intention in Order in Council P.C. 2539 to extinguish any aboriginal rights relating to commercial fisheries in British Columbia — assuming they ever existed. The question whether extinguishment of aboriginal rights can occur by necessary implication and if so, in what circumstances, is therefore left to another day.

123

On a final note, I wish to emphasize that our Court has recently held on two different occasions that s. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, Schedule 2) constituted a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish treaty rights to commercial hunting; see *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 933 (*per* Cory J.), and *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 46 (*per* Cory J.). This provision reads:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

This provision is similar in many respects to Order in Council P.C. 2539. They both are provisions in which the Crown specifically effected a translation of traditional aboriginal practices into legal rights. In both cases, the rights were limited to sustenance purposes. However, in the Order in Council, fishing for commercial purposes was expressly excluded. This was not the case in s. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* in which no mention is made of commercial practices. Nonetheless, our Court held that it sufficiently demonstrated a clear and plain intention on the part of the

droit ancestral revendiqué par les appelants. Il n'est pas nécessaire que je le fasse, puisque j'ai déjà conclu que l'État avait manifesté, dans le décret C.P. 2539, l'intention claire et expresse d'éteindre tous les droits ancestraux relatifs à la pêche commerciale en Colombie-Britannique — à supposer qu'ils aient jamais existé. La question de savoir si des droits ancestraux peuvent être éteints par implication nécessaire, et, si oui, dans quelles circonstances, devra donc être tranchée à une autre occasion.

En terminant, je tiens à souligner que notre Cour a récemment statué, à deux occasions différentes, que l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, n° 26, annexe 2) exprimait l'intention claire et expresse de l'État d'éteindre les droits issus de traités en matière de chasse commerciale: voir *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 933 (le juge Cory), et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 46 (le juge Cory). Cette disposition est ainsi rédigée:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Cette disposition est, à bien des égards, analogue au décret C.P. 2539. Dans les dispositions des deux textes, l'État a spécifiquement fait de pratiques autochtones des droits prévus par la loi. Dans les deux cas, l'exercice des droits visés a été limité à des fins alimentaires. Cependant, dans le décret, la pêche à des fins commerciales a été expressément exclue, alors que ce n'a pas été le cas à l'art. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles*, dans lequel il n'est fait aucune mention des pratiques commerciales. Néanmoins, notre Cour a conclu que cette disposi-

Crown to extinguish commercial rights to hunt for commercial purposes that had been recognized in a treaty. If s. 12 reveals a clear and plain intention to extinguish treaty rights relating to commercial hunting, it is difficult to see how this Court could conclude that Order in Council P.C. 2539 — which is more explicit regarding the exclusion of any commercial component of fishing rights — does not reveal a clear and plain intention on the part of the Crown to extinguish commercial fishing rights in British Columbia.

I am, therefore, of the view that the Crown has established that, assuming appellants were exercising an aboriginal right when they offered to sell herring spawn on kelp, such a right has been extinguished.

Conclusion

I would dismiss the appeals and answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

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

This broad issue was dealt with in *Van der Peet*, released concurrently. Both cases involve mainly the definition of the nature and extent of aboriginal rights. In this case, the particular question is whether the Heiltsuk Band, of which the appellants are members, possesses an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. If this right exists, the Court must then determine whether the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, enacted pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, constitute a *prima facie*

intention démontrant suffisamment l'existence d'une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits de chasser à des fins commerciales qui avaient été reconnus par traité. Si l'art. 12 révèle une intention claire et expresse d'éteindre les droits issus de traité en matière de chasse commerciale, il est difficile d'imaginer comment notre Cour pourrait conclure que le décret C.P. 2539 — qui est plus explicite en ce qui concerne l'exclusion de toute dimension commerciale des droits de pêche — n'indique pas une intention claire et expresse de la part de l'État d'éteindre les droits de pêche commerciale en Colombie-Britannique.

Je suis donc d'avis que le ministère public a établi que, à supposer que les appelants exerçaient un droit ancestral quand ils ont offert de vendre de la roque de hareng sur varech, ce droit a été éteint.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Les motifs suivants ont été rendus par

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

Cette question générale a été étudiée dans l'arrêt *Van der Peet*, rendu à la même date. Ces pourvois portent respectivement principalement sur la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux. En l'espèce, la question particulière est de savoir si la bande des Heiltsuk, à laquelle appartiennent les appelants, possède un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. Si ce droit existe, notre Cour doit alors décider si le *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, adopté en application de la *Loi sur*

124

125

126

127

infringement of such right and, if so, whether the infringement is justified.

128

The Chief Justice has set out the facts and judgments and there is no need to restate them here. I will refer only to the constitutional question that he formulated after leave to appeal was granted by this Court:

Is s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, SOR/84-324, as it read on April 28, 1988, of no force or effect with respect to the appellants in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

129

The Chief Justice is of the view that the Heiltsuk people do possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell fish for commercial purposes. As well, referring to the *Sparrow* test, he holds that the aboriginal right to sell fish was not extinguished by a clear and plain intention and that s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* constitutes a *prima facie* infringement of such right. He concludes, however, that the case should be remanded to trial on the question of justification because there is insufficient evidence to enable this Court to decide it. Lamer C.J. also opines that the elements of the infraction are all proven. I agree with the result reached by the Chief Justice and, generally, with the reasons he adopts subject, however, to the following remarks regarding mainly the definition of the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed in this case.

130

I pause here to note that this case is confined to the recognition of an aboriginal right and to the protection afforded to it under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellants did not invoke by-laws applicable on reserve lands, nor did they rely on any aboriginal title or treaty rights. The appellants simply argue that the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their ancestral lands —

les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, constitue une atteinte *prima facie* à ce droit et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et il n'est pas nécessaire de les reprendre. Je ne citerai que la question constitutionnelle qu'il a formulée après que l'autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour:

Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, DORS/84-324, tel qu'il se lisait le 28 avril 1988, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard des appelants en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'ils invoquent?

Le Juge en chef est d'avis que les Heiltsuk possèdent effectivement un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre du poisson à des fins commerciales. En outre, se reportant au test établi dans *Sparrow*, il estime que le droit ancestral de vendre du poisson n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse, et que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* constitue une atteinte *prima facie* à ce droit. Il conclut toutefois qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès sur la question de la justification, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher celle-ci. Le juge en chef Lamer est aussi d'avis que les éléments de l'infraction ont tous été prouvés. Je suis d'accord avec le résultat auquel il arrive et, de façon générale, avec les motifs qu'il donne, sous réserve cependant des remarques suivantes, qui concernent surtout la définition de la nature et de la portée des droits ancestraux, ainsi que la délimitation du droit ancestral revendiqué en l'espèce.

Je fais une parenthèse pour dire que la présente affaire ne porte que sur la reconnaissance d'un droit ancestral et sur la protection accordée à ce droit en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les appelants n'ont pas invoqué de règlement administratif applicable aux terres des réserves ni de titre aborigène ou de droits issus de traités. Ils prétendent simplement que les Heiltsuk ont — en raison de l'occupation et de l'utilisation

which includes the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes, and that this right benefits from the s. 35(1) constitutional protection.

It is also noteworthy that the questions at issue must be considered in light of the analytical framework for constitutional claims of aboriginal right set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In a nutshell, the *Sparrow* test includes three steps, namely: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and (3) the justification of the infringement. The case at bar involves all but the last step.

This being said, in the following discussion, I will briefly examine the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights as well as the delineation of the aboriginal right claimed, and how they lead me to the same result as the Chief Justice on the question of the definition of the aboriginal right.

I. Interpretation of Aboriginal Rights

At the outset, I want to emphasize that when defining the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights, it is important to keep in mind the traditional and fundamental interpretative canons relating to aboriginal law and to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which can be summarized as follows. Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted. I wish to point out, in passing, that although the Chief Justice claims

historiques de leurs terres ancestrales — un droit ancestral de pêche qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, et que ce droit bénéficie de la protection constitutionnelle du par. 35(1).

Il convient également de noter que les questions en litige doivent être examinées à la lumière du cadre d'analyse des revendications de droits ancestraux en vertu de la Constitution qui a été exposé dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Bref, le test formulé dans *Sparrow* comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte. Il faut, dans le cadre du présent pourvoi, passer par toutes ces étapes sauf la dernière.

Cela dit, je vais, dans les paragraphes qui suivent, examiner brièvement les méthodes qu'il convient d'appliquer pour interpréter la nature et la portée des droits ancestraux et définir le droit ancestral revendiqué, et expliquer ensuite pourquoi elles m'amènent au même résultat que le Juge en chef sur la question de la définition du droit ancestral.

I. Interprétation des droits ancestraux

Tout d'abord, je tiens à souligner que, pour définir la nature et la portée des droits ancestraux bénéficiant de la protection constitutionnelle, il importe de tenir compte des principes traditionnels et fondamentaux d'interprétation relatifs au droit touchant les autochtones et au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui peuvent être résumés de la façon suivante. Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté à l'égard des peuples autochtones. Finalement, le dernier principe — mais aussi le plus important — est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone

131

132

133

to use these principles of interpretation, his approach to the definition of aboriginal rights appears to be somewhat restrictive.

134 The approach proposed by the Chief Justice centres on individualized practices of an aboriginal group of people which existed prior to contact with the Europeans. With respect, as I explained in detail in *Van der Peet, supra* — which reasons should be read as if herein recited at length — this position poses serious problems relating to both the characteristics and the time aspects of the definition of aboriginal rights.

135 In *Van der Peet*, after a detailed review of the possible approaches to the interpretation of aboriginal rights under s. 35(1), I concluded that the "frozen right" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of "integral part of their distinctive culture" and should "permit their [aboriginal rights'] evolution over time" (see *Sparrow, supra*, at pp. 1099 and 1093). I gave the following guidelines on this approach (at para. 180):

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

concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués. Je tiens à faire remarquer, en passant, que même si le Juge en chef affirme suivre ces principes d'interprétation, la méthode qu'il applique pour définir les droits ancestraux semble un peu restrictive.

La méthode proposée par le Juge en chef est axée sur les pratiques propres à un groupe d'autochtones et qui existaient avant le contact avec les Européens. En toute déférence, toutefois, comme je l'ai expliqué en détail dans *Van der Peet*, précité, — dont les motifs que j'y ai exposés doivent être tenus pour reproduits intégralement en l'espèce — cette position pose de sérieux problèmes tant en ce qui concerne les caractéristiques que la période dont il faut tenir compte pour définir les droits ancestraux.

Dans *Van der Peet*, après avoir examiné en détail les différentes méthodes d'interprétation possibles des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), j'ai conclu qu'il n'y avait pas lieu d'adopter la méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante de la culture distinctive» et devrait «permettre à ces droits d'évoluer avec le temps» (voir *Sparrow*, précité, aux pp. 1099 et 1093). J'ai formulé les lignes directrices qui suivent au sujet de cette méthode (au par. 180):

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

tected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. [Emphasis added.]

Before reviewing the evidence presented at trial to determine whether the distinctive aboriginal culture of the Heiltsuk supports the recognition of an aboriginal right, we have to delineate the aboriginal right claimed in this case. That I now propose to do.

II. The Delineation of the Aboriginal Right Claimed

At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, as in *Van der Peet, supra*, the majority framed the issue as being whether the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. As I discussed in *Van der Peet*, case law on treaty and aboriginal rights relating to trade supports the making of a distinction between, on the one hand, the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes and, on the other, the sale, trade and barter of fish for purely commercial purposes: see *Sparrow, supra*; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; and *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. In this regard, I agree with the Chief Justice that the delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

In this case, because of the type of transactions which led to the convictions, it appears that the aboriginal right at issue falls on the part of the spectrum relating to the sale, trade and barter of fish for commercial purposes, not on the part dealing with livelihood, support and sustenance purposes (see *Van der Peet, supra*, at para. 192).

The appellants were charged with violating s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations*, thereby committing an offence contrary to s. 61(1) of the *Fisheries Act*. These charges arose out of a

temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. [Je souligne.]

Avant d'étudier la preuve présentée au procès et de déterminer si la culture autochtone distinctive des Heiltsuk appuie la reconnaissance d'un droit ancestral, nous devons délimiter le droit ancestral revendiqué dans le présent pourvoi. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

II. La délimitation du droit ancestral revendiqué

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 133, à la majorité a considéré, tout comme dans *Van der Peet*, précité, que la question en litige était de savoir si les Heiltsuk possèdent un droit de pêche ancestral incluant le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, la jurisprudence sur les droits ancestraux ou issus de traités concernant les échanges appuie l'établissement d'une distinction entre, d'une part, la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, et, d'autre part, la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales: voir les arrêts *Sparrow*, précité, *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, et *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421. À cet égard, je conviens avec le Juge en chef que les droits ancestraux doivent être considérés comme formant les divers éléments d'un spectre.

En l'espèce, en raison du type d'opération qui a entraîné les déclarations de culpabilité, il semble que le droit ancestral en cause corresponde à la partie du spectre qui concerne la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales, plutôt qu'à celle touchant les activités exercées à des fins de subsistance (voir *Van der Peet*, précité, au par. 192).

Les appelants ont été accusés d'avoir enfreint le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique*, commettant ainsi une infraction prévue au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*. Ces accu-

136

137

138

139

series of events in April 1988 aimed at an attempt to sell herring spawn on kelp that was not harvested or sold under the authority of a Category J Licence. The appellants covertly transported 4,200 pounds of herring spawn on kelp from Bella Bella and then attempted to sell it to Mr. Hirose, the owner of Seaborn Enterprises Ltd. The appellants were arrested by Fisheries Officers after they returned from Mr. Hirose's store.

¹⁴⁰ There is no evidence as to the purposes for which the appellants sold the herring spawn on kelp or as to the use that they were going to make of the money. However, from the overall evidence on the record, especially that of the quantity of herring spawn on kelp that the two appellants wanted to sell, it is reasonable to find that the attempted transaction between the appellants and Mr. Hirose was directed at providing an economic profit. Besides, the appellants themselves argued both before the courts below and before this Court that the Heiltsuk possess an aboriginal right to fish for what amounts to be commercial purposes.

¹⁴¹ The legislative provision under constitutional challenge in this case is aimed at both commercial and non-commercial sale, trade and barter of herring spawn on kelp. Section 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* reads as follows:

20....

(3) No person shall buy, sell, barter or attempt to buy, sell, or barter herring spawn on kelp other than herring spawn on kelp taken or collected under the authority of a Category J licence.

This provision prohibits any sale, trade or barter of herring spawn on kelp — whether for livelihood, support and sustenance purposes or for purely commercial purposes — except for that harvested under the authority of a Category J licence. If the facts giving rise to the offence indicated that the sale, trade and barter were for livelihood, support and maintenance, the question of the validity of s.

sations découlaient d'une série d'événements survenus en avril 1988 et au cours desquels les appelants avaient tenté de vendre de la rogue de hareng sur varech qui n'avait pas été récoltée ou vendue en vertu d'un permis de catégorie J. Ils ont transporté subrepticement 4 200 livres de rogue de hareng sur varech de Bella Bella, qu'ils ont ensuite tenté de vendre à M. Hirose, propriétaire de Seaborn Enterprises Ltd. Les appelants ont été arrêtés à la sortie de l'établissement de M. Hirose par des agents des pêches.

Il n'y a pas d'élément de preuve concernant les fins pour lesquelles les appelants ont vendu la rogue de hareng sur varech ou l'utilisation qu'ils comptaient faire du produit de cette vente. Toutefois, il ressort de l'ensemble de la preuve au dossier, surtout celle touchant la quantité de rogue de hareng sur varech que les deux appelants voulaient vendre, qu'il est raisonnable de conclure que l'opération qu'ils ont tentée d'effectuer avec M. Hirose visait à réaliser des profits. Du reste, ils ont eux-mêmes soutenu, tant devant les tribunaux inférieurs que devant notre Cour, que les Heiltsuk possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins équivalant à des fins commerciales.

La disposition législative faisant l'objet de la présente contestation constitutionnelle vise la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales et non commerciales. Le paragraphe 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* est ainsi rédigé:

20....

(3) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger de la rogue de hareng sur varech, à moins que celle-ci n'ait été prise ou recueillie en vertu d'un permis de catégorie J.

Cette disposition interdit la vente et l'échange de la rogue de hareng sur varech — que ce soit à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales —, sauf si la rogue a été récoltée en vertu d'un permis de catégorie J. Si les faits à l'origine des accusations indiquaient que la vente et l'échange ont été effectués à des fins de subsistance, la question de la validité du par. 20(3) du

20(3) of the Regulations would raise a different issue, one which does not arise here. In the instant case, the aboriginal right claimed is the right to sell, trade and barter fish for commercial purposes and we must decide whether, in that respect, the provision under scrutiny complies with the constitutional protection afforded to aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

It is now necessary to look at the historical evidence to see whether the particular group of aboriginal people, the Heiltsuk Band, of which the appellants are members, have sold, traded and bartered fish for commercial purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time.

III. Definition of Aboriginal Rights

As I have already noted elsewhere, the approach I favour to interpret the nature and extent of aboriginal rights differs significantly from the one adopted by the Chief Justice. In my view, the question is whether the evidence reveals that the sale, trade and barter of herring spawn on kelp for commercial purposes have formed an integral part of the Heiltsuk people's distinctive aboriginal culture — i.e., to have been sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization — for a substantial continuous period of time. Although the Chief Justice refers to the notion of "integral part of the distinctive aboriginal culture" in his interpretation of the aboriginal right at hand, he focuses on pre-contact individualized aboriginal practices, an approach from which I must distance myself.

The findings of fact by the trial judge as well as the substantial review of the evidence by the Chief Justice show that the trade of herring spawn on kelp for commercial purposes among the Heiltsuk and with other native people was extensive and organized in a market-type economy. More impor-

Règlement soulèverait une question différente, qui ne se pose toutefois pas en l'espèce. Dans le présent cas, le droit ancestral revendiqué est celui de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, et il nous faut déterminer si, à cet égard, la disposition en cause est compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est maintenant nécessaire d'examiner la preuve historique pour voir si le groupe particulier d'autochtones en cause, la bande des Heiltsuk, dont font partie les appelants, a vendu et échangé du poisson à des fins commerciales d'une façon suffisamment importante et fondamentale pour son organisation sociale et sa culture pendant une période considérable et ininterrompue.

III. Définition des droits ancestraux

Comme je l'ai déjà indiqué, la méthode que je favorise pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux diffère considérablement de celle adoptée par le Juge en chef. À mon avis, la question qu'il faut se poser est celle de savoir si la preuve révèle que la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Heiltsuk — c'est-à-dire si ces activités ont été suffisamment importantes et fondamentales pour leur organisation sociale et leur culture — pendant une période considérable et ininterrompue. Même si le Juge en chef se réfère à la notion de «partie intégrante de la culture autochtone distinctive» dans son interprétation du droit ancestral en cause, il s'attache aux pratiques autochtones propres qui existaient avant le contact avec les Européens, approche à laquelle je ne peux me rallier.

Il ressort des conclusions de fait du juge du procès et de l'examen approfondi de la preuve fait par le Juge en chef que les échanges de rogue de hareng sur varech à des fins commerciales entre les Heiltsuk et entre ceux-ci et d'autres autochtones étaient considérables et organisés dans une sorte

142

143

tantly, it appears, especially from a native perspective, that such activities formed part of, and was indeed integral to, the distinctive aboriginal culture of the Heiltsuk. Put another way, to use the terminology of the test proposed in *Van der Peet, supra*, the sale, trade and barter of fish for commercial purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Heiltsuk people. Consequently, the criterion regarding the characterization of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met in this case.

¹⁴⁵ Also, the evidence reveals that the Heiltsuk have sold, traded and bartered fish for commercial purposes for a substantial continuous period of time. In that respect, we must consider the type of aboriginal practices, traditions and customs, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years (see *Van der Peet, supra*, at para. 178). Here, there is ample evidence showing that the Heiltsuk have traded herring spawn on kelp, in large enough amounts to be for commercial purposes, for centuries before the coming of the Europeans. Further, as the trial judge found after considering the historical record and expert evidence, such commercial activities have continued, though in modernized forms, until the present day. Therefore, the time requirement for the recognition of an aboriginal right is also met.

¹⁴⁶ As a result, I agree with the Chief Justice that the Heiltsuk people, of which the appellants are members, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes, which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It remains to be determined, under the *Sparrow* test, whether such right is extinguished and whether the *Pacific Herring Fishery Regulations* infringe upon this right.

d'économie de marché. Fait plus important, il semble, en particulier du point de vue des autochtones, que ces activités faisaient partie — de fait faisaient partie intégrante — de la culture autochtone distinctive des Heiltsuk. Autrement dit, pour reprendre la terminologie utilisée dans le test proposé dans *Van der Peet*, précité, les activités de vente et d'échange de poisson à des fins commerciales étaient suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des Heiltsuk. En conséquence, le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

De plus, la preuve révèle que les Heiltsuk ont vendu et échangé du poisson à des fins commerciales pendant une période considérable et ininterrompue. Sur ce point, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture et de la société autochtones visées et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans (voir *Van der Peet*, précité, au par. 178). En l'espèce, il existe une preuve abondante établissant que les Heiltsuk ont, pendant des siècles avant l'arrivée des Européens, échangé de la roque de hareng sur varech en quantités suffisamment grandes pour que ces échanges puissent être considérés comme des activités faites à des fins commerciales. En outre, comme l'a constaté le juge du procès après avoir étudié la preuve historique et les témoignages d'experts, ces activités commerciales continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Par conséquent, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral est également satisfaite.

En définitive, tout comme le Juge en chef, je suis d'avis que les Heiltsuk, dont font partie les appellants, possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales, qui est protégé en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il reste à déterminer, conformément au test établi dans *Sparrow*, si ce droit a été éteint et si le *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* porte atteinte à ce droit.

IV. Extinguishment and Infringement

As regards the issues of extinguishment and *prima facie* infringement, I agree for the most part with the reasons of the Chief Justice and the conclusions he reaches.

The Heiltsuk's aboriginal right to sale, trade and barter herring spawn on kelp for commercial purposes has not been extinguished by a "clear and plain" intention of the Sovereign (see *Sparrow*, *supra*, at p. 1099). In *N.T.C. Smokehouse*, *supra*, I emphasized that the hurdle to extinguish aboriginal rights is high indeed (at para. 78):

I am prepared to accept that the extinguishment of aboriginal rights can be accomplished through a series of legislative acts. However, *Sparrow* specifically stands for the proposition that the intention to extinguish must nonetheless be clear and plain. This is diametrically opposed to the position that extinguishment may be achieved by merely regulating an activity or that legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of an aboriginal right can be deemed to extinguish it. Clear and plain means that the Government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible. [Emphasis in original.]

In the case at bar, the respondent argues that the test is met when the aboriginal right and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist. Such an approach, based on the view adopted by the United States Supreme Court in *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), is irreconcilable with the "clear and plain intention" test favoured in Canada. As a result, the legislation relied upon by the respondent is insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes. In fact, as in *Sparrow*, *supra*, such legislation merely regulates aboriginal activities and does not amount to extinguishment.

Furthermore, as regards the question of *prima facie* infringement, s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* no doubt violates such aborig-

IV. Extinction et atteinte

En ce qui concerne les questions de l'extinction et de l'atteinte *prima facie*, je souscris pour l'essentiel aux motifs du Juge en chef et à ses conclusions.

Le droit ancestral des Heiltsuk de vendre et d'échanger de la roque de hareng sur varech à des fins commerciales n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention «claire et expresse» du Souverain (voir *Sparrow*, précité, à la p. 1099). Dans *N.T.C. Smokehouse*, précité, j'ai souligné que le test à respecter en matière d'extinction des droits ancestraux est très exigeant (au par. 78):

Je suis disposée à admettre que l'extinction des droits ancestraux peut résulter d'une série de mesures législatives. Néanmoins, *Sparrow* prévoit spécifiquement que l'intention d'éteindre des droits doit être claire et expresse, ce qui va diamétralement à rencontre de la thèse que l'extinction peut découler du seul fait de la réglementation d'une activité ou du fait de l'existence d'une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue d'un droit ancestral. L'expression claire et expresse veut dire que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en interdisant désormais l'exercice. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, l'intimée soutient que le test est satisfait dans les cas où le droit ancestral et les activités visées par les mesures législatives ne peuvent pas coexister. Une telle position, fondée sur le point de vue adopté par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), est inconciliable avec le test de «l'intention claire et expresse» privilégié au Canada. En conséquence, les mesures législatives invoquées par l'intimée sont insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales. De fait, tout comme dans *Sparrow*, précité, ces mesures législatives ne font que réglementer les activités autochtones et n'entraînent pas l'extinction du droit de les exercer.

Qui plus est, en ce qui concerne la question de l'atteinte *prima facie*, il ne fait aucun doute que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du*

147

148

149

inal right since it directly conflicts, both by its object and by its effects, with native sale, trade and barter of herring spawn on kelp. In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J. provided the following guidelines regarding infringement (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 the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

151

Although I agree with the analysis of the Chief Justice on this issue, I want to emphasize that the burden to demonstrate that legislation infringes upon an existing aboriginal right, which is borne by the claimant, is fairly low. *Sparrow* speaks of "*prima facie*" infringement, which is defined in the *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as follows (at p. 1189): "Lat. At first sight; on the first appearance; on the face of it; so far as can be judged from the first disclosure; presumably". Therefore, the aboriginal right claimant does not even have to prove on the balance of probability that the impugned legislation constitutes an infringement, and surely not that it "clearly impinges" upon the right, as the Chief Justice seems to suggest. The only thing that the claimant must show is that, on its face, the legislation comes into conflict with a recognized aboriginal right, either because of its object or its effects. In the

Pacifique viole un tel droit ancestral puisqu'il entre directement en conflit, tant de par son objet que de par ses effets, avec la vente et l'échange de rogue de hareng sur varech par les autochtones. Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont formulé les lignes directrices suivantes relativement à l'atteinte (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 règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

Bien que je souscrive à l'analyse du Juge en chef sur cette question, je tiens à souligner que le fardeau d'établir qu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral existant, qui incombe à la personne qui revendique un tel droit, est assez peu exigeant. Dans *Sparrow*, on parle d'atteinte «*prima facie*», expression définie ainsi dans le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) (à la p. 1189): [TRADUCTION] «Lat. À première vue; de prime abord; d'après les apparences; autant qu'on puisse en juger d'après la première impression; vraisemblablement». Par conséquent, la personne qui revendique un droit ancestral n'a même pas à prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la mesure législative contestée constitue une atteinte, et sûrement pas qu'elle «empiète clairement» sur le droit en question, comme le Juge en chef semble suggérer. Tout ce que cette personne doit prouver, c'est que, de prime abord, la mesure

instant case, the appellants overwhelmingly discharged their burden in that regard.

Consequently, I conclude that the Heiltsuk Band's aboriginal right to sell, trade and barter fish for commercial purposes is "existing", as it has not been extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign, and that s. 20(3) of the *Pacific Herring Fishery Regulations* constitutes a "prima facie infringement" of this aboriginal right, as per the *Sparrow* test.

As to the question of justification, I agree with the Chief Justice that there is insufficient evidence to rule on it and I agree as well with his comments on this issue, particularly as regards the doctrine of priority and our decision in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

V. Disposition

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

The following are the reasons delivered by

McLACHLIN J. — This appeal concerns the right of the Heiltsuk of Bella Bella to sell herring spawn on kelp that is harvested from that region. The appellants, William and Donald Gladstone, harvested herring spawn on kelp near Bella Bella, transported it to Vancouver, and attempted to sell it there. The sale of herring spawn on kelp without a licence is prohibited. The appellants made a number of arguments in their defence before the lower courts. The only issue left to be decided by this Court is whether the Regulations prohibiting the sale of herring spawn on kelp are invalid because they infringe the appellants' aboriginal right, as per s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. If the Regulations violate the appellants' aboriginal right,

législative entre en conflit avec un droit ancestral reconnu, soit de par son objet soit de par ses effets. Dans le présent pourvoi, les appelants se sont nettement acquittés du fardeau qui leur incombait à cet égard.

En conséquence, je conclus que le droit ancestral de la bande des Heiltsuk de vendre et d'échanger du poisson à des fins commerciales est un droit «existant», puisqu'il n'a pas été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse du Souverain, et que le par. 20(3) du *Règlement de pêche du hareng du Pacifique* constitue une «atteinte prima facie» à ce droit ancestral, selon le test établi dans *Sparrow*.

Pour ce qui est de la question de la justification, je suis d'avis, tout comme le Juge en chef, que la preuve est insuffisante pour permettre de la trancher, et je souscris également à ses observations sur cette question, particulièrement en ce qui concerne la doctrine relative à l'ordre de priorité et la décision de notre Cour dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

V. Dispositif

En définitive, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière indiquée par le Juge en chef et de répondre comme il le suggère à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi porte sur le droit des Heiltsuk de Bella Bella de vendre de la rogue de hareng sur varech récoltée dans cette région. Les appelants, William et Donald Gladstone, ont récolté de la rogue de hareng sur varech près de Bella Bella, puis ils l'ont transportée à Vancouver où ils ont tenté de la vendre. Il est interdit de vendre de la rogue de hareng sur varech sans permis. En défense, les appelants ont présenté de nombreux arguments devant les juridictions inférieures. La seule question que notre Cour a à trancher est de savoir si les dispositions réglementaires interdisant de vendre la rogue de hareng sur varech sont inopérantes parce qu'elles portent atteinte au droit ancestral reconnu

152

153

154

155

they will be invalidated to the extent of the conflict by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

¹⁵⁶ This case was heard with *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, released contemporaneously. In *Van der Peet*, I detail the approach I would adopt to the interpretation of aboriginal rights to use a fisheries resource. This decision applies the principles set out in *Van der Peet*.

¹⁵⁷ The questions posed by this appeal are as follows:

1. Do the Heiltsuk possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell herring spawn on kelp?
 - (a) Has a *prima facie* right been established?
 - (b) If so, has it been extinguished?
2. If the right is established, do the government Regulations prohibiting the sale of herring spawn on kelp infringe that right?
3. If the Regulations infringe the right, are they justified?

¹⁵⁸ My conclusions in this appeal may be summarized as follows. Following the reasons I set out in *Van der Peet*, *supra*, the appellants, as members of the Heiltsuk Band, have established that they have an aboriginal right to harvest and sell herring spawn on kelp for sustenance purposes. That right was not extinguished by any regulatory legislation prior to 1982, and is therefore confirmed by the *Constitution Act, 1982*. The right is limited by the Heiltsuk's traditional reliance on the resource, which was to secure sustenance. It is also limited by the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued use. There is insufficient evidence to determine whether the current regulatory framework satisfies the sustenance needs of the

aux appelants par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si oui, elles seront, dans la mesure de l'incompatibilité, déclarées inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le présent pourvoi a été entendu avec les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, qui sont rendus à la même date. Dans *Van der Peet*, précité, j'énonce de façon détaillée la méthode à suivre pour interpréter les droits ancestraux visant l'utilisation des ressources d'une pêcherie. Les présents motifs appliquent les principes énoncés dans *Van der Peet*.

Les questions qui se posent dans le présent pourvoi sont les suivantes:

1. Les Heiltsuk possèdent-ils, en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech?
 - a) A-t-on établi, à première vue, l'existence d'un tel droit?
 - b) Si oui, ce droit a-t-il été éteint?
2. Si l'existence du droit a été établie, les dispositions réglementaires prises par l'État pour interdire la vente de rogue de hareng sur varech portent-elles atteinte à ce droit?
3. Si oui, ces dispositions réglementaires sont-elles justifiées?

Mes conclusions dans le présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Conformément aux motifs que j'ai énoncés dans *Van der Peet*, précité, les appelants, en tant que membres de la bande des Heiltsuk, ont établi qu'ils possèdent le droit ancestral de récolter et de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Ce droit n'a pas été éteint par aucune mesure législative portant réglementation de la ressource avant 1982, et il est donc confirmé par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est restreint par les limites de l'exploitation traditionnelle de cette ressource faite par les Heiltsuk, qui visait à assurer leur subsistance. Il est aussi restreint par le pouvoir qu'a l'État de limiter ou d'interdire l'exploitation de cette ressource qui serait incompatible avec son utilisation continue. La

Heiltsuk people. Therefore, the questions of whether the Heiltsuk's right to sell herring spawn on kelp for sustenance was infringed and, if so, whether any such infringement is justified by the Crown, must be decided at a new trial.

1. Has the Right of the Heiltsuk to Trade Herring Spawn on Kelp Been Established?

The test for determining whether an aboriginal people possesses an aboriginal right to trade fish is discussed in the companion case of *Van der Peet*. I there concluded, at paras. 278-79, that there is an aboriginal right

to obtain from the river or the sea...that which the particular aboriginal people have traditionally obtained from the portion of the river or sea. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration.

The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what it traditionally obtained from the resource. In most cases, one would expect the aboriginal right to trade to be confined to what is necessary to provide basic housing, transportation, clothing and amenities — the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery, over and above what was required for food and ceremonial purposes.

The historical evidence in this case is somewhat different from the companion cases of *Van der Peet, supra*, and *N.T.C. Smokehouse, supra*. In those cases, the Sto:lo, Sheshaht and Opetchesaht peoples claimed the right to continue to sell fish from salmon fisheries off which they traditionally lived. The evidence in both cases indicated that there had been trade in fish with other aboriginal

preuve est insuffisante pour permettre de déterminer si le régime de réglementation actuel respecte les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance. Par conséquent, les questions de savoir s'il a été porté atteinte au droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance, et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée par l'État, doivent être tranchées dans le cadre d'un nouveau procès.

1. Le droit des Heiltsuk d'échanger de la rogue de hareng sur varech a-t-il été établi?

Le critère permettant de déterminer si un peuple autochtone possède le droit ancestral d'échanger du poisson a été analysé dans le pourvoi connexe *Van der Peet*, où j'ai conclu, aux par. 278 et 279, à l'existence d'un droit ancestral

... [de] tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés ont traditionnellement tiré du secteur exploité. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose.

Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource. Dans la plupart des cas, il est permis de penser que le droit ancestral de commercer se limite à ce qui est nécessaire pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche, en sus de leurs besoins alimentaires et rituels.

La preuve de nature historique en l'espèce est quelque peu différente de celle disponible dans les pourvois connexes *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, précités. Dans ces pourvois, les Sto:lo, les Sheshaht et les Opetchesaht ont affirmé avoir le droit de continuer de vendre le saumon pris dans les pêcheries dont ils ont traditionnellement tiré leur subsistance. Dans ces deux affaires, la preuve

bands and with European settlers when they arrived. The trade that had occurred historically was on a small scale. Much of the trade was in the form of barter for other necessities such as other kinds of food and clothing, and other goods when trade expanded to European settlers. Some of the trade occurred at traditional potlatches, where social relations were formed and agreements made for peaceful cohabitation among different tribes. In these cases, the evidence was that the peoples in question relied heavily on the salmon resource for their food needs, as well as for barter.

161

In this case, the Heiltsuk claim an aboriginal right to continue to trade in herring spawn on kelp from the Bella Bella region, where they have lived for at least two centuries. The appellants claim that the Heiltsuk relied on the herring spawn on kelp both as a food source and for trade. There is extensive evidence of historical trading of herring spawn on kelp between the Heiltsuk and the neighbouring aboriginal peoples. The trade that took place was on a large scale, involving quantities of herring spawn on kelp of at least 15 tonnes. As the trial judge put it:

It cannot be disputed that hundreds of years ago, the Heiltsuk Indians regularly harvested herring spawn on kelp as a food source. The historical/anthropological records readily bear this out.

I am also satisfied that this Band engaged in inter-tribal trading and barter of herring spawn on kelp. The exhibited Journal of Alexander McKenzie dated 1793 refers to this trade and the defence lead [*sic*] evidence of several other references to such trade.

The developed trading patterns of the Heiltsuk trade in herring spawn on kelp was undisputed. An expert witness for the defence put it this way:

a montré qu'il y avait des échanges de poisson à d'autres bandes autochtones, ainsi qu'aux colons blancs après leur arrivée. Historiquement, ce commerce s'est fait sur une petite échelle, et il prenait en grande partie la forme de troc visant à se procurer d'autres biens de première nécessité tels que des denrées alimentaires, des vêtements ainsi que d'autres types de biens, lorsque le commerce s'est élargi aux colons européens. Certains échanges avaient lieu à l'occasion des potlachs traditionnels, qui étaient l'occasion pour les différentes tribus d'établir des rapports sociaux et de conclure des accords de cohabitation pacifique. Dans les pourvois susmentionnés, la preuve a indiqué que les peuples en question comptaient beaucoup sur le saumon pour satisfaire leurs besoins alimentaires et comme monnaie d'échange.

En l'espèce, les Heiltsuk revendiquent le droit ancestral de continuer à faire le commerce de la rogue de hareng sur varech récoltée dans la région de Bella Bella, où ils vivent depuis au moins deux siècles. Les appelants affirment que les Heiltsuk ont utilisé la rogue de hareng sur varech tant comme source alimentaire que comme monnaie d'échange. Il y a une abondante preuve indiquant que, historiquement, les Heiltsuk ont échangé de la rogue de hareng sur varech aux peuples autochtones voisins. Il s'agissait d'échanges faits sur une grande échelle et mettant en jeu des quantités de rogue de hareng sur varech d'au moins 15 tonnes. Comme l'a dit le juge du procès:

[TRADUCTION] Il est incontestable qu'il y a des siècles, les Indiens Heiltsuk récoltaient régulièrement la rogue de hareng sur varech comme source de nourriture. C'est un fait dont la réalité est attestée par les documents historiques et anthropologiques.

Je suis également convaincu que la bande échangeait cette denrée avec d'autres tribus. Le journal d'Alexander McKenzie [*sic*] datant de 1793, qui a été versé en preuve, fait mention de ces échanges et la défense a présenté des éléments de preuve faisant état de nombreuses autres mentions de ces échanges.

Le caractère structuré des échanges de rogue de hareng sur varech faits par les Heiltsuk n'a pas été contesté. Voici comment ces structures ont été décrites par un témoin expert de la défense:

For at least two centuries the Heiltsuk have been the hub of a trade network, exporting herring spawn to almost all of the surrounding native people.

Herring spawn harvested, processed, and packaged by the Heiltsuk was traded to their Tsimshian, Kitimat, and Bella Coola neighbors on the mainland and to Kwakiutl on Vancouver Island. Some of these trade relations were noted in accounts written by the first white men to visit the central coast. Those of Alexander Mackenzie (1793), William Tolmie (1835) and James Douglas (1840) documenting Heiltsuk trade of herring spawn to Bella Coola, Kwakiutl, and Tsimshian, respectively, are corroborated by other accounts describing the same patterns of trade at much later dates.

These early accounts describe a trade which was already established. This attests not only to the aboriginal nature of the trade, but also the existence of regularized relations between the groups engaged in these trading patterns.

The appellants' factum also cited expert evidence of the large quantities of trade in herring spawn on kelp:

Pacific herring spawn only in certain locations. Consequently, some native groups had access to quantities of spawn beyond their needs and others had access to little or no spawn. This partly explains the extensive trade in spawn among native groups along the coast. Tons of spawn were transported by canoe from districts with good spawning areas to places not so favoured.

After the spawn were processed, flotillas of freight canoes carrying tons of spawn product travelled between districts carrying boxes and hampers.

The Court of Appeal, reviewed evidence of the diary of Alexander Mackenzie which indicated that, in exchange for the herring spawn on kelp, the Heiltsuk received "roasted salmon, hemlock-bark cakes, and the other kind made of salmon roes, sorrel, and bitter berries". Lambert J.A. noted

[TRADUCTION] Pendant au moins deux siècles, les Heiltsuk ont été au centre d'un réseau d'échanges dans le cadre duquel ils exportaient de la rogue de hareng à presque tous les peuples autochtones voisins.

La rogue de hareng récoltée, transformée et emballée par les Heiltsuk était échangée à leurs voisins les Tsimshian, les Kitimat et les Bella Coola sur le continent, ainsi qu'aux Kwakiutl sur l'île de Vancouver. Les premiers Blancs qui ont visité la région du centre de la côte ont fait état de certaines de ces relations commerciales dans leurs comptes rendus de ces visites. Les comptes rendus d'Alexander Mackenzie (1793), de William Tolmie (1835) et de James Douglas (1840), qui documentent les échanges de rogue de hareng faits par les Heiltsuk aux Bella Coola, aux Kwakiutl et aux Tsimshian respectivement, sont corroborés par d'autres comptes rendus qui ont décrit, beaucoup plus tard, ces mêmes échanges.

Ces premiers comptes rendus décrivent un commerce qui était déjà bien établi. Ce fait atteste non seulement la nature autochtone du commerce, mais aussi l'existence de relations systématisées entre les groupes participant à ces échanges commerciaux.

Dans leur mémoire, les appelants ont également cité des témoignages d'expert faisant état de grandes quantités de rogue de hareng sur varech échangées:

[TRADUCTION] Le hareng du Pacifique fraie seulement dans certains endroits. Par conséquent, alors que certains groupes autochtones avaient accès à des sources d'œufs qui dépassaient leurs besoins, d'autres groupes n'avaient que peu ou pas accès à cette ressource. Cela explique en partie les échanges importants d'œufs que pratiquaient entre eux les groupes autochtones le long de la côte. Des tonnes d'œufs étaient transportés par canot des districts riches en œufs aux lieux moins favorisés.

Après que les œufs avaient été traités, des flotilles de canots à marchandises transportant des tonnes d'œufs voyageaient d'un district à l'autre, chargés de boîtes et de paniers.

La Cour d'appel a, examiné la preuve tirée du journal d'Alexander Mackenzie qui indiquait que, en échange de la rogue de hareng sur varech, les Heiltsuk recevaient [TRADUCTION] «du saumon grillé, des gâteaux d'écorce de pruche, ainsi que l'autre sorte faite d'œufs de saumon, d'oseille et de

that food products were the principal commodity obtained by the Heiltsuk in exchange for the herring spawn on kelp. Other goods received in exchange for herring spawn on kelp included elk skins for clothing, blankets, and seaweed.

¹⁶³ Thus, evidence of an established trading network is clear in this case. The Heiltsuk derived their sustenance from trade derived from the herring spawn on kelp resource; they relied on trade to supply them with the necessities of life, principally other food products.

¹⁶⁴ The next question is whether the Heiltsuk's use of the resource of herring spawn on kelp was confined to sustenance or whether the trade in question allowed the band to accumulate wealth beyond that required for a basic standard of living. The evidence indicates that large quantities of herring spawn on kelp were traded — amounts that would yield great wealth today because of large demand for herring spawn on kelp by foreign markets. However, the right to derive from a resource what was traditionally derived from that resource is not necessarily a right to harvest the same quantity of fish from that resource as was traditionally harvested. The right is rather to take from the fishery enough to secure "the modern equivalent of what the aboriginal people in question formerly took from the land or the fishery".

¹⁶⁵ Despite the large quantities of herring spawn on kelp traditionally traded, the evidence does not indicate that the trade of herring spawn on kelp provided for the Heiltsuk anything more than basic sustenance. There is no evidence in this case that the Heiltsuk accumulated wealth which would exceed a sustenance lifestyle from the herring spawn on kelp fishery. It follows that the aboriginal right to trade in herring spawn on kelp from the Bella Bella region is limited to such trade as secures the modern equivalent of sustenance:

shépherdie du Canada». Le juge Lambert a fait remarquer que les principaux biens obtenus par les Heiltsuk en échange de la rogue de hareng sur varech étaient des denrées alimentaires. Parmi les autres biens qu'ils recevaient en échange, mentionnons des peaux d'élan pour se vêtir, ainsi que des couvertures et des algues.

Par conséquent, la preuve démontre clairement en l'espèce l'existence d'un réseau d'échanges établi. Les Heiltsuk tiraient leur subsistance d'échanges fondés sur l'exploitation de la rogue de hareng sur varech. Ils comptaient sur ces échanges pour se procurer les biens nécessaires à la vie, principalement d'autres produits alimentaires.

La question suivante est de savoir si l'utilisation de la rogue de hareng sur varech par les Heiltsuk se limitait à des fins de subsistance, ou si les échanges en question permettaient à la bande d'accumuler de la richesse au-delà du strict nécessaire. La preuve indique que de grandes quantités de rogue de hareng sur varech étaient échangées, quantités qui aujourd'hui rapporteraient des sommes considérables, compte tenu de la grande demande pour ce produit sur les marchés étrangers. Cependant, le droit de tirer d'une ressource ce qui en était tiré traditionnellement n'équivaut pas nécessairement au droit d'en récolter la même quantité. Ce droit consiste plutôt à pêcher en quantité suffisante «l'équivalent moderne de ce que les autochtones en question tiraient dans le passé du territoire ou de la pêche».

En dépit des grandes quantités de rogue de hareng sur varech échangées traditionnellement, il ne ressort pas de la preuve que ces échanges rapportaient aux Heiltsuk plus que ce qui est nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve indiquant que les Heiltsuk auraient tiré de la récolte de la rogue de hareng sur varech des richesses incompatibles avec une économie de subsistance. Il s'ensuit que le droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng sur varech récoltée dans la région de Bella Bella se limite aux échanges assurant l'équivalent moderne de cette économie de subsistance: les choses essentielles, c'est-à-dire la nourriture, le

the basics of food, clothing and housing, supplemented by a few amenities.

2. Has the Heiltsuk Right to Sell Herring Spawn on Kelp Been Extinguished?

The Crown argued that if the Heiltsuk did have an aboriginal right to sell herring spawn on kelp, it was extinguished prior to 1982. The Crown refers to the regulatory scheme put in place in 1908, and Order in Council P.C. 2539 of 1917. This is the same regulatory scheme that the Crown put forth in *Van der Peet, supra*, to make the argument that any aboriginal right to fish commercially was extinguished prior to 1982. As discussed there, it does not support extinguishment.

The Crown also referred to provisions of the *Fisheries Act* of 1867-68 pertaining to the "young" of fish (S.C. 1868, c. 60, s. 13(9)): "No person shall fish for, catch, kill, buy, sell or possess the young of any of the fish named in this Act, or in any Regulation or Regulations under it". Because herring was a fish named under the Act, the prohibition extended to herring spawn on kelp. An exception provided for the harvesting of fish spawn by Indians for food purposes. This prohibition on the harvesting fish spawn continued until 1974, when the harvesting of fish spawn for sale was allowed with a permit. The Crown argues that these regulations extinguished any aboriginal right to sell herring spawn on kelp.

I cannot conclude that these regulations extinguished the aboriginal right of the Heiltsuk people to use herring spawn on kelp as a source of sustenance. The regulations do not manifest the "clear and plain" intention required to extinguish an aboriginal right. The most likely purpose of these regulatory measures was to conserve the young of the resource in order to foster the growth of the fisheries. A measure aimed at conservation of a resource is not inconsistent with a recognition of

vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie.

2. Le droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech a-t-il été éteint?

Le ministère public a plaidé que si les Heiltsuk ont effectivement eu le droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech, ce droit a été éteint avant 1982. Le ministère public se réfère au régime de réglementation mis en place en 1908 et au décret du conseil C.P. 2539 de 1917. Il s'agit du même régime de réglementation que le ministère public a invoqué, dans *Van der Peet*, précité, au soutien de son argument que tout droit ancestral de pêcher commercialement a été éteint avant 1982. Ainsi qu'il a été dit dans ce pourvoi, ce régime n'étaye pas la thèse de l'extinction.

166

Le ministère public s'est aussi référé à la disposition de l'*Acte des pêcheries* de 1867-1868 concernant le «fretin» des poissons (S.C. 1868, ch. 60, par. 13(9)): «Personne ne pêchera, ne prendra ou ne tuera, n'achètera, vendra ni n'aura en sa possession le fretin des poissons nommés dans le présent acte, ou dans aucun règlement ou règlements établis sous son autorité». Étant donné que le hareng était un poisson désigné en vertu de l'Acte, l'interdiction s'appliquait à la rogue de hareng sur varech. Une exception était prévue à l'égard de la récolte d'œufs de poisson par les Indiens pour se nourrir. Cette interdiction de récolter des œufs de poisson est restée en vigueur jusqu'en 1974, date à laquelle la récolte de cette ressource à des fins de vente a été autorisée, moyennant obtention d'un permis. Le ministère public prétend que la réglementation en question a éteint tout droit ancestral de vendre de la rogue de hareng sur varech.

167

Je ne peux conclure que cette réglementation a éteint le droit ancestral des Heiltsuk d'utiliser la rogue de hareng sur varech comme moyen de subsistance. La réglementation n'exprime pas l'intention «claire et expresse» requise pour entraîner l'extinction d'un droit ancestral. L'objet le plus vraisemblable des ces mesures de réglementation était d'assurer la conservation du fretin de ce poisson dans le but de favoriser la croissance de cette pêche. Une mesure ayant pour but la conservation

168

an aboriginal right to make use of that resource. Indeed, there is no evidence that these regulations were intended to relate to the aboriginal right at all.

3. Does the Current Regulatory Scheme Infringe the Aboriginal Right to Fish commercially for Sustenance?

¹⁶⁹ In *Van der Peet, supra*, at para. 298, I framed the question to be asked in order to determine whether the government has infringed the aboriginal right to fish for sustenance as follows: does the current regulatory scheme have the effect of "interfering with an existing aboriginal right"? The right is that of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp for sustenance purposes.

¹⁷⁰ To demonstrate that an aboriginal right has been interfered with, an aboriginal person must establish a *prima facie* right to engage in the prohibited conduct at issue. However, the Crown may rebut the inference of infringement if it can demonstrate that the regulatory scheme, viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question.

¹⁷¹ As discussed above, the appellants, as members of the Heiltsuk, have a right to harvest and sell herring spawn on kelp for the purpose of sustenance, a right apparently denied by the regulation under which the appellants stand charged. Thus, the first requirement of the test is met.

¹⁷² However, the Crown denies infringement of the aboriginal right on the ground that the sale in question took place within a regulatory scheme which sufficiently accommodates the right of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp. The Heiltsuk possessed a "Category J" licence to harvest and sell herring spawn on kelp at the time that the attempted sale at issue in this case took place. That licence was one of 28 licences issued to harvest and sell herring spawn on kelp during the 1988 season. It entitled the Heiltsuk to harvest 16,000

d'une ressource n'est pas incompatible avec la reconnaissance d'un droit ancestral d'utiliser cette ressource. De fait, il n'y a aucune preuve que cette réglementation visait d'aucune façon le droit ancestral.

3. Le régime de réglementation actuel porte-t-il atteinte au droit ancestral de pêcher commercialement à des fins de subsistance?

Dans *Van der Peet*, précité, au par. 298, j'ai formulé de la façon suivante la question qu'il faut se poser afin de déterminer si le gouvernement a porté atteinte au droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance: le régime de réglementation actuel a-t-il pour effet de «porter atteinte à un droit ancestral existant»? Le droit en cause est celui des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance.

Pour démontrer qu'il a été porté atteinte à un droit ancestral, un autochtone doit établir l'existence à première vue d'un droit d'accomplir l'acte prohibé en cause. Toutefois, le ministère public peut repousser l'inférence qu'il y a atteinte en démontrant que, considéré dans son ensemble, le régime de réglementation respecte le droit ancestral collectif en question.

Comme il a été dit ci-dessus, les appelants ont, en tant que membres de la bande des Heiltsuk, le droit de récolter et de vendre la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance, droit dont ils sont apparemment privés par la disposition réglementaire en vertu de laquelle ils ont été accusés. Par conséquent, la première condition du critère est remplie.

Cependant, le ministère public nie qu'il y a atteinte au droit ancestral, affirmant que la vente en question a eu lieu dans le cadre d'un régime de réglementation qui respecte suffisamment le droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech. Au moment où la tentative de vente en question a eu lieu, les Heiltsuk étaient titulaires d'un permis de catégorie J qui les autorisait à récolter et à vendre de la rogue de hareng sur varech. Ce permis était l'un des 28 permis de ce genre qui avaient été délivrés au cours de la saison

pounds of herring spawn on kelp, and the price per pound that year was between \$25 and \$28. The licence was issued in the name of one designated member of the Heiltsuk Band, but it was for use of the band as a whole. In short, in this case, unlike *Van der Peet* and *N.T.C. Smokehouse*, *supra*, the Crown argues that it has put in place a regulatory scheme that satisfies the aboriginal right.

The evidence does not disclose whether the "Category J" licence issued to the Heiltsuk was sufficient to satisfy the Heiltsuk's aboriginal right to sell herring spawn on kelp for sustenance. In order to determine whether the quantity of herring spawn on kelp allocated by the licence issued to the band was sufficient to satisfy the sustenance needs of the Heiltsuk, information as to their sustenance needs is required. I would refer the case for a new trial for determination of whether the projected revenue from the herring spawn on kelp sold pursuant to the "Category J" licence suffices to meet the Heiltsuk's sustenance needs.

4. Is the Limitation Placed on the Heiltsuk Right to Sell Herring Spawn on Kelp Justified?

Because of my position on the infringement issue, I do not reach this question. If infringement were established at a new trial, the question of whether such an infringement was justified should be decided at that point, according to the principles set out in *Van der Peet*, *supra*.

5. Conclusion

I would allow the appeal to the extent of confirming the existence of an aboriginal right of the Heiltsuk to sell herring spawn on kelp for sustenance purposes. I would order a new trial in order to decide whether that right has been infringed, and if so, whether such an infringement has been justified.

1988. En vertu de ce permis, les Heiltsuk pouvaient récolter 16 000 livres de rogue de hareng sur varech, dont le prix de vente au cours de l'année en question a oscillé entre 25 \$ et 28 \$ la livre. Le permis qui avait été délivré au nom d'un membre désigné de la bande des Heiltsuk était valable pour l'ensemble de la bande. Bref, en l'espèce, contrairement aux affaires *Van der Peet* et *N.T.C. Smokehouse*, précitées, le ministère public prétend qu'il a mis en place un régime de réglementation qui respecte le droit ancestral.

La preuve n'indique pas si le permis de catégorie J délivré aux Heiltsuk respectait suffisamment le droit ancestral des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. Afin de déterminer si la quantité de rogue de hareng sur varech attribuée au moyen du permis délivré à la bande était suffisante pour combler les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance, il faut disposer d'information sur ces besoins. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire en vue de la tenue d'un nouveau procès afin d'y déterminer si les revenus escomptés de la vente de rogue de hareng sur varech conformément au permis de catégorie J sont suffisants pour satisfaire les besoins des Heiltsuk en matière de subsistance.

4. Les limites imposées au droit des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech sont-elles justifiées?

Vu ma position sur la question de l'atteinte, je n'ai pas à examiner la question susmentionnée. Si, dans le cadre d'un nouveau procès, on établit l'existence d'une atteinte, la question de savoir si elle était justifiée doit alors être tranchée conformément aux principes énoncés dans *Van der Peet*, précité.

5. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence du droit ancestral des Heiltsuk de vendre de la rogue de hareng sur varech à des fins de subsistance. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès afin de déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée.

173

174

175

Appeal allowed, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

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

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

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the interveners Delgamuukw, et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.

Pourvoi accueilli, le juge LA FOREST est dissident.

Procureurs des appelants: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner: Pape & Salter, Vancouver.