

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Canadian National Railway Company, 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. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

File No.: 23800.

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 — Right to sell fish (salmon) — Food processor charged for selling salmon contrary to regulations — Large quantities of salmon purchased from natives — Natives catching salmon under food fishing licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under food fishing licence — Whether an aboriginal right to sell salmon — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(5) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).

The appellant, a food processor, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with selling and purchasing

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, 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*

RÉFÉRENCÉ R. c. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

No du greffe: 23800.

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

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

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson (saumon) — Entreprise de transformation alimentaire accusée d'avoir vendu du poisson en violation de certaines dispositions réglementaires — Grandes quantités de saumon achetées d'autochtones — Autochtones ayant pris le saumon en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Règlement interdisant la vente ou l'échange du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Existe-t-il un droit ancestral de vendre du saumon? — Le droit ancestral a-t-il été éteint? — Les dispositions réglementaires portent-elles atteinte au droit ancestral? — L'atteinte est-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(5) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

L'appelante, une entreprise de transformation alimentaire, a été accusée en application du par. 61(1) de la *Loi*

fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, and with selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations. The fish had been caught by Indian bands under authority of food fishing licences, sold to the appellant and resold by the appellant in the commercial market. Section 27(5) of the Regulations at the time prohibited the sale or barter of any fish caught under the authority of an Indian food fish licence and s. 4(5) prohibited anyone from purchasing such fish. The appellant was convicted and its appeal to the Court of Appeal was dismissed. The constitutional questions stated by this Court queried whether ss. 4(5) and 27(5) of the Regulations were of no force or effect with respect to the appellant by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of that Act.

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

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Although the aboriginal right asserted was not one held by the appellant itself but rather held by native bands originally selling the fish, the appellant was entitled to raise the defence given that a conviction hinged on the natives' sale of the fish being illegal.

An activity, to be recognized as an aboriginal right, must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. The Court must first determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action allegedly done pursuant to an aboriginal right, the government regulation allegedly infringing the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. The Regulations prohibited all sales or trade of salmon caught without a commercial fishing licence. The sale of fish by the Indian bands in question was, however, extensive.

The claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden on the appellant than a claim to an aboriginal right to exchange

sur les pêcheries d'avoir acheté et vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) de ce règlement. Le poisson avait été pris par des bandes indiennes en vertu de permis de pêche de subsistance, puis vendu à l'appelante et enfin revendu par cette dernière sur le marché commercial. Le par. 27(5) du Règlement interdisait à l'époque la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens et le par. 4(5) interdisait à quiconque d'acheter ce poisson. L'appelante a été déclarée coupable et l'appel qu'elle a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Les questions constitutionnelles formulées par notre Cour visaient à déterminer si les par. 4(5) et 27(5) du Règlement étaient inopérants à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de cette Loi.

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

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Bien que le droit ancestral revendiqué ne soit pas un droit dont l'appelante serait elle-même titulaire, mais plutôt un droit détenu par les bandes indiennes ayant vendu le poisson à l'origine, l'appelante avait le droit de faire valoir ce moyen de défense étant donné que la déclaration de culpabilité dépendait de l'illégalité de la vente du poisson par les autochtones.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. La Cour doit d'abord déterminer la nature précise du droit revendiqué, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci. Les dispositions réglementaires interdisaient complètement la vente ou l'échange de saumon pris sans permis de pêche commerciale. Or, la vente de poisson par les bandes indiennes en cause était considérable.

La revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose à l'appelante un fardeau plus lourd que la revendication du droit d'échanger

fish for money or other goods in that the latter claim is subsumed by the larger claim to fish commercially. To prove the right to exchange fish for money or other goods, the appellant need only show that that exchange was integral to the distinctive native culture: however, to prove the right to exchange fish commercially, the appellant needs to go beyond that proof and demonstrate that that exchange, on a scale best characterized as commercial, was integral to the distinctive native culture. The aboriginal right claimed, therefore, was the right to exchange fish for money or other goods. The claim to the right to fish commercially need only be considered if this initial claim has been established.

The Court must 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 society of the aboriginal people in question. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important. Here, however, no significant distinction existed between the two bands selling the fish.

The determination of whether the aboriginal right claimed was an integral part of the distinctive native culture depends, in significant part, on the factual evidence. The findings of fact made by the trial judge should not, absent a palpable and overriding error, be overturned on appeal. A review of the evidence and transcripts demonstrated no such error.

The findings of fact made by the trial judge did not support the appellant's claim that, prior to contact, the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the native bands involved. The exchange of fish incidental to social and ceremonial occasions was not, itself, a sufficiently central, significant or defining feature of these societies to be recognized as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The exchange of fish, when taking place apart from the occasion to which such exchange was incidental, could not, even if that occasion were an integral part of the aboriginal society in question, constitute an aboriginal right. This conclusion

du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, en ce que cette dernière est subsumée dans la revendication plus vaste du droit à la pêche commerciale. Pour établir le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, l'appelante n'a qu'à démontrer que cet échange faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive; en revanche, pour prouver l'existence du droit d'échanger du poisson commercialement, l'appelante doit aller au-delà de cette preuve et établir que cet échange, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive. Par conséquent, le droit ancestral revendiqué était le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La revendication du droit de pêcher commercialement ne sera examinée que si cette prétention initiale a été établie.

La Cour doit déterminer si, avant le contact avec les Européens, la coutume, la pratique ou la tradition que l'on prétend être un droit ancestral faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive en cause. Normalement, comme l'examen de la question de savoir si un droit ancestral existe ou non doit porter spécifiquement sur le groupe autochtone particulier qui revendique ce droit, les distinctions entre les différents demandeurs autochtones sont importantes. En l'espèce, toutefois, il n'y a pas de distinctions importantes entre les deux bandes ayant vendu le poisson.

La question de savoir si le droit ancestral revendiqué fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive dépend, dans une large mesure, de la preuve factuelle. Les conclusions de fait tirées par le juge du procès ne doivent pas, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, être modifiées en appel. L'examen de la preuve et de la transcription des débats n'a révélé aucune erreur de ce genre.

Les conclusions de fait du juge du procès n'appuient pas la prétention de l'appelante que, avant le contact avec les Européens, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des bandes autochtones en cause. Les échanges de poisson accessoires à des événements sociaux et rituels ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les échanges de poisson qui ne surviennent pas dans le cadre de l'événement dont ils étaient un aspect accessoire ne peuvent constituer un droit ancestral, même si cet événement faisait partie intégrante de la société autochtone en question. Cette conclusion s'ap-

also disposed of the aboriginal right to fish commercially.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): 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 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 facts did not support framing the issue in terms of commercial fishing. Transactions were not directed at providing an economic profit. The right claimed was the right to sell, trade and barter fish without more specification and not the right to fish commercially. Moreover, the impugned legislative provisions are not directed only at commercial fishing. They prohibit commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish, including the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. Consequently, the issue here is whether the band's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

An aboriginal practice, custom or tradition, to be recognized as a constitutionally protected aboriginal right, must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. The trial judge, when examining the historical evidence presented at trial, mischaracterized the aboriginal rights claimed, erred in his approach to the interpreta-

plique aussi quant au droit ancestral de pêcher commercialement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): 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. Enfin, ce qui est le plus important, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés à la lumière de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.

La méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones, ne devrait pas être adoptée. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait renvoyer à la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» et devrait «permettre aux droits d'évoluer avec le temps». La jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités relatifs au commerce justifie que l'on fasse une distinction entre la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance d'une part, et la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales d'autre part. La délimitation des droits ancestraux doit être envisagée dans un continuum.

Les faits de l'espèce ne permettaient pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. Les opérations n'étaient pas destinées à réaliser des profits. Le droit revendiqué était le droit de vendre et d'échanger du poisson, sans autre précision, et non celui de pratiquer la pêche commerciale. De plus, les dispositions législatives contestées ne visent pas seulement la pêche commerciale. Elles interdisent la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales et non commerciales, y compris la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance. En conséquence, la question en litige en l'espèce est de savoir si le droit de pêche de la bande inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Pour être reconnue comme un droit constitutionnellement protégé, la coutume, la pratique ou la tradition autochtone doit avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. Lorsqu'il a examiné la preuve historique présentée, le juge du procès a mal caractérisé les droits ancestraux revendiqués, il a fait

tion of the nature and extent of such rights, and misapplied the test in *Sparrow*. These palpable and overriding errors conferred on an appellate court the right to intervene and to substitute its own findings of fact.

The evidence showed that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the native bands involved. The evidence also showed that they sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes for a substantial continuous period of time. The type of aboriginal practices, customs and traditions, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years were considered. Here, trade and exchange of salmon existed long before the first Europeans arrived.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to sell fish is limited to equivalence with what the aboriginal people in question historically took from the fishery according to aboriginal law and custom. The native people here established that right. They did not need to prove that their traditional ways were identical to those used by them in the fishery to-day. Such a requirement would preclude the adaptation of aboriginal peoples to the modern era.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights can be extinguished through a series of legislative acts. The intention to extinguish must nonetheless be clear and plain, in the sense that the government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible. 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. Here, the legislation was insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter for livelihood, support and sustenance purposes. The statutes and regulations did not address aboriginal fishing in any way that demonstrates an intention to abolish aboriginal interest in the fishery.

erreur dans sa méthode d'interprétation de la nature et de la portée de ces droits et il a mal appliqué le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ces erreurs manifestes et dominantes conféraient à une cour d'appel le droit d'intervenir et de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge du procès.

La preuve a établi que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance avaient un caractère suffisamment important et fondamental pour l'organisation sociale et la culture des bandes autochtones en cause. La preuve a également établi que celles-ci ont vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance pendant une période considérable et ininterrompue. On a tenu compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture particulière de la société autochtone visée ainsi que de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, le saumon a fait l'objet d'échanges longtemps avant l'arrivée des premiers Européens.

Le juge McLachlin (dissidente): Le droit ancestral de vendre du poisson se limite à l'équivalent de ce que les autochtones en cause ont tiré historiquement de la pêche conformément aux lois et coutumes autochtones. Les autochtones en cause en l'espèce ont établi l'existence de ce droit. Ils n'ont pas à prouver que la façon dont ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour en tirer leur subsistance était identique à la façon dont ils s'y prennent aujourd'hui. Une telle exigence empêcherait les peuples autochtones de s'adapter au monde moderne.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les droits ancestraux peuvent être éteints par l'adoption d'une série de mesures législatives. Néanmoins, l'intention d'éteindre des droits doit être claire et expresse, en ce sens que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en interdisant désormais l'exercice. Cela va diamétralement à l'encontre 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. En l'espèce, les mesures législatives étaient insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les lois et les règlements ne visaient pas la pêche autochtone d'une manière qui démontre l'intention d'abolir l'intérêt des autochtones en ce qui concerne la pêche.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to trade fish for sustenance was not extinguished for the reasons given in *R. v. Van der Peet*.

Prima Facie Infringement

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

Per McLachlin J. (dissenting): The evidence established an aboriginal right covering the activity at issue. The regulatory scheme infringed that right as it prohibited any sale of fish for sustenance and made no provision for satisfaction of the collective right. The size of the transaction alone did not rebut the *prima facie* infringement. The quantity of fish sold was relevant only in relation to the natives' sustenance needs. The aboriginal right was a collective one. Its infringement was established when the Crown failed to show that it had put in place a regulatory scheme that met the natives' collective right to trade in fish for sustenance.

Justification

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

Per McLachlin J. (dissenting): The infringement of the aboriginal right to sell fish for sustenance was not justified. To justify an infringement of an aboriginal right, the Crown must establish both that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" purpose, and that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward the aboriginal peoples. The Crown did not establish that the denial of the aboriginal right to sell fish for sustenance was required for conservation purposes or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. Moreover, the total denial conflicted with the fiduciary duty of the Crown to permit

Le juge McLachlin (dissidente): Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, le droit ancestral d'échanger du poisson à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

Atteinte prima facie

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

Le juge McLachlin (dissidente): La preuve a établi l'existence d'un droit ancestral visant l'activité en cause. Le régime de réglementation a porté atteinte à ce droit en ce qu'il interdisait complètement la vente de poisson à des fins de subsistance et ne contenait aucune disposition permettant de respecter le droit collectif. L'ampleur de l'opération n'écarte pas à elle seule l'atteinte à première vue. En effet, la quantité de poisson vendue n'était pertinente qu'en rapport avec les besoins des autochtones en matière de subsistance. Le droit ancestral était un droit collectif. L'existence d'une atteinte à ce droit ancestral a été établie dès lors que le ministère public n'a pu démontrer que l'État avait mis en place un régime de réglementation qui respectait le droit collectif des autochtones de faire le commerce du poisson à des fins de subsistance.

Justification

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

Le juge McLachlin (dissidente): L'atteinte au droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance n'a pas été justifiée. Pour justifier l'atteinte à un droit ancestral, le ministère public doit établir à la fois que la disposition législative ou réglementaire en cause a été adoptée dans la poursuite d'objectifs «impérieux et réels», et que cette disposition est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Le ministère public n'a pas établi que la privation du droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance était nécessaire pour des objectifs de conservation ou d'autres objectifs liés à l'exploitation continue et responsable de la ressource. De plus, la pri-

exercise of a constitutionally guaranteed aboriginal right.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(1), (5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) [rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 35, s. 18].
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 81(1)(o) [am. S.C. 1985, c. 27, s. 15.1(2)].
Sheshaht Band Fish By-Law, SOR/82-471.

vation totale de ce droit était incompatible avec l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de permettre l'exercice d'un droit ancestral garanti par la Constitution.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; arrêts mentionnés: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

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

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 81(1)(o) [mod. L.C. 1985, ch. 27, art. 15.1(2)].
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) [abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 35, art. 18].
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(1), (5) [aj. DORS/85-290, art. 5].
Sheshaht Band Fish By-Law, DORS/82-471.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, "commerce".

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, dismissing an appeal from a judgment of Melvin Co. Ct. J. (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, dismissing an appeal from conviction by MacLeod Prov. Ct. J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David M. Rosenberg and Hugh Braker, for the appellant.

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

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

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

J. Keith Lowes, for the intervener the 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.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «commerce».

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, rejetant l'appel d'un jugement du juge Melvin de la Cour de comté (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, qui avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacLeod de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David M. Rosenberg et Hugh Braker, pour l'appelante.

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.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

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

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

Harry A. Slade, Arthur C. Pape 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.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

1 The appellant, N.T.C. Smokehouse Ltd., is an incorporated company which owns and operates a food processing plant near Port Alberni, British Columbia. The appellant was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offences of selling and purchasing fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and with the offences of selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*.

2 The charges related to the purchase of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 7, 1986 and September 23, 1986, in which the appellant purchased 119435 pounds of Chinook salmon caught by members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The Department of Fisheries and Oceans had issued Indian food fish licences authorizing members of both the Sheshaht and Opetchesaht bands to fish in the Somass River for three two-day periods between September 7, 1986 and September 23, 1986. All of the fish purchased by the appellant were caught under the authority of these Indian food fish licences.

3 The charges related to the sale of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 8, 1986 and October 24, 1986, in which the appellant sold approximately 105302 pounds of the chinook salmon which it had purchased from the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The salmon were sold to Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. and Maranatha Seafoods Ltd.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

L'appelante, N.T.C. Smokehouse Ltd., est une société constituée en personne morale qui possède et exploite une usine de transformation alimentaire près de Port Alberni, en Colombie-Britannique. Elle a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, d'avoir acheté et d'avoir vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, infractions prévues au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, infractions prévues au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*.

Les accusations concernant l'achat de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 7 et le 23 septembre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a acheté 119435 livres de saumon quinnat pris par des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le ministère des Pêches et Océans avait délivré des permis de pêche de subsistance des Indiens autorisant des membres des deux bandes susmentionnées à pêcher dans la rivière Somass durant trois périodes de deux jours, entre le 7 et le 23 septembre 1986. Tout le poisson acheté par l'appelante a été pris en vertu de ces permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations concernant la vente de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 8 septembre et le 24 octobre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a vendu environ 105302 livres de saumon quinnat qu'elle avait achetées à des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le saumon a été vendu aux entreprises suivantes: Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. et Maranatha Seafoods Ltd.

At the time at which the appellants were charged s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

27....

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

Section 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

4....

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

The appellant has not contested any of these facts, instead basing its defence on the position that, in these circumstances, the Regulations were in violation of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and were therefore, by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect with respect to the appellant. 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.

II. Judgments Below

Provincial Court

At trial the appellant argued that a by-law enacted by the Sheshaht Band, pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, rendered the Regulations inapplicable. This argument was rejected by the trial judge on the grounds that the by-law does not apply to fishing in the Somass River because the Somass does not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve; this argument has not been pursued at this Court.

À la date où les accusations ont été déposées contre l'appelante, le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* était ainsi rédigé:

27....

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

Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie Britannique* portait:

4....

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

L'appelante n'a contesté aucun de ces faits, fondant plutôt sa défense sur la thèse que, dans les circonstances, les dispositions réglementaires portaient atteinte aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'elles étaient donc, par l'effet de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, inopérantes à son égard. 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.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Cour provinciale

Au procès, l'appelante a soutenu qu'un règlement administratif pris par la bande de Sheshaht, conformément à l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, rendait le Règlement inapplicable. Cet argument a été rejeté par le juge du procès pour le motif que le règlement administratif ne s'applique pas à la pêche dans la rivière Somass, étant donné que celle-ci ne se trouve pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Cet argument n'a pas été avancé devant notre Cour.

4

5

6

7

The appellant also argued that the Regulations violated the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish. The trial judge rejected this argument on the basis that while there was some evidence to suggest that exchange and trade of salmon had occurred amongst the Sheshaht and Opetchesaht, the evidence also suggested that "what sales were made were few and far between". In the result, the trial judge convicted the appellant of selling salmon caught pursuant to an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations, and of purchasing salmon that was not caught under the authority of a commercial licence, contrary to s. 4(5) of the Regulations. The other charges against the appellant were dismissed on the basis of the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

County Court of Vancouver Island (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

8

The appellant's conviction was upheld by the County Court of Vancouver Island. Melvin Co. Ct. J. rejected the appellant's argument, abandoned on appeal to this Court, that the Fisheries Regulations were *ultra vires* the federal government. He also agreed with the trial judge that the Somass River fell outside of the boundaries of the Sheshaht Reserve, with the result that the Sheshaht by-law could not be used as a defence to the charges. Melvin Co. Ct. J. did not conclusively decide whether the appellant had established the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish, disposing of the appellant's argument on this point on the basis that, even if such a right does exist, "the regulations as they exist are necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest and as such are valid and enforceable". Melvin Co. Ct. J. did note, however, in agreement with the trial judge, that the evidence

L'appelante a également prétendu que le Règlement portait atteinte au droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Le juge du procès n'a pas retenu cet argument parce que, même s'il existait des éléments de preuve tendant à indiquer qu'il y avait eu commerce et échange de saumon entre les Sheshaht et les Opetchesaht, la preuve indiquait aussi que [TRADUCTION] «les ventes ont été plutôt rares». En conséquence, le juge du procès a déclaré l'appelante coupable d'avoir vendu du saumon pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du Règlement, et d'avoir acheté du saumon n'ayant pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du Règlement. Les autres accusations portées contre l'appelante ont été rejetées en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Cour de comté de l'île de Vancouver (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

La déclaration de culpabilité de l'appelante a été confirmée par la Cour de comté de l'île de Vancouver. Le juge Melvin de la Cour de comté a rejeté l'argument avancé par l'appelante — et qui a été abandonné devant notre Cour — que le Règlement de pêche outrepassait le pouvoir du gouvernement fédéral. Il a également souscrit à l'avis du juge du procès que la rivière Somass ne se trouvait pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht et donc que le règlement administratif de la bande ne pouvait être invoqué en défense à l'encontre des accusations portées. Le juge Melvin n'a pas tranché de façon décisive la question de savoir si l'appelante avait établi le droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Il a repoussé l'argument de l'appelante sur ce point pour le motif que, même si un tel droit existe, [TRADUCTION] «le règlement, tel qu'il existe, est soit nécessaire pour assurer une gestion et une conservation judicieuses de la ressource, soit dans l'intérêt public, et, à ce titre, il est valide et exécutoire». Le juge Melvin a cependant fait remarquer, à l'instar du juge du procès, que la preuve tendant à indiquer l'existence d'un droit d'échanger ou de

suggesting a right to exchange or sell salmon was "somewhat tenuous".

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Wallace J.A., writing for himself and two others, upheld the judgments of the courts below, agreeing in substance with *Melvin Co. Ct. J.*'s disposition of the appellant's challenge to the authority of the federal government to enact the Regulations and with *Melvin Co. Ct. J.*'s decision that the Somass River did not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve. With regards to the aboriginal rights issue, Wallace J.A. held that the trial judge's ruling that the commercial sale of fish did not constitute an aboriginal right, because determined as a question of fact, should not be disturbed. Although unnecessary given his position on the existence of an aboriginal right, Wallace J.A. also briefly considered the question of whether the right had been extinguished, Wallace J.A. did not decide whether the government's actions would, if a right to sell fish had been found, have been sufficient to extinguish that right; however, he did hold, in disagreement with *Lambert J.A.*, that this Court's decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, was not determinative of the issue.

Hutcheon J.A. concurred. With regards to the question of whether or not the appellant had demonstrated an aboriginal right, *Hutcheon J.A.*, at p. 186, held that the question of whether the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht included the right to sell fish is a "finding of fact based on the evidence" with the result that the Court of Appeal was "without jurisdiction to examine this ground of appeal".

Lambert J.A. dissented. He held that the trial judge made an error of law because only considering the situation of the Sheshaht and Opetchesaht peoples prior to contact, with the result that the Court of Appeal did have jurisdiction to review the

vendre du saumon était [TRADUCTION] «un peu mince».

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Écrivant en son nom et au nom de deux de ses collègues, le juge Wallace a confirmé les jugements des tribunaux inférieurs, souscrivant essentiellement à la décision du juge *Melvin* sur la contestation par l'appelante du pouvoir du gouvernement fédéral de prendre le règlement en cause et à la conclusion du juge *Melvin* que la rivière Somass ne se trouvait pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Quant à la question des droits ancestraux, le juge Wallace a statué qu'il ne convenait pas de modifier la décision du juge *Melvin* que la vente de poisson à des fins commerciales n'était pas un droit ancestral, étant donné que ce point avait été tranché en tant que question de fait. Même si cela n'était pas nécessaire, compte tenu de sa décision sur l'existence d'un droit ancestral, le juge Wallace a examiné brièvement la question de savoir s'il y avait eu extinction du droit. Il n'a pas décidé si les mesures prises par le gouvernement auraient été suffisantes pour entraîner l'extinction du droit de vendre du poisson, si on avait conclu à l'existence d'un tel droit. Toutefois, contrairement au juge *Lambert*, il a statué que l'arrêt de notre Cour *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, n'avait pas tranché cette question de manière décisive.

Le juge *Hutcheon* a souscrit à l'avis de son collègue. Pour ce qui est de savoir si l'appelante avait fait la preuve de l'existence d'un droit ancestral, il a conclu, à la p. 186, que la réponse à la question de savoir si les droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht incluaient le droit de vendre du poisson était une [TRADUCTION] «conclusion de fait qui était fondée sur la preuve», de sorte que la Cour d'appel était [TRADUCTION] «incompétente pour examiner ce moyen d'appel».

Le juge *Lambert* a exprimé sa dissidence. Il a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en tenant compte seulement de la situation des Sheshaht et des Opetchesaht avant le contact avec les Européens, et que, en consé-

9

10

ii

decision. Relying on his decision in *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, and the position taken therein that aboriginal rights must be identified through considering the significance of the practices, traditions and customs to the aboriginal people in question, Lambert J.A. held at para. 159 that the Sheshaht and Opetchesaht peoples had the right to "*catch, and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sheshaht and Opetchesaht peoples, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . .*" (italics in original). Lambert J.A. held, further, that the Crown had failed to demonstrate that the right had been extinguished, relying on the judgment in *Sparrow, supra*, for the proposition that fisheries regulations enacted by the federal government were insufficient to demonstrate a clear and plain intention to extinguish the right. Lambert J.A. also held at para. 163 that the rights of the Sheshaht and Opetchesaht had clearly been infringed by the legislation and that, since allowing people to catch on average 3/4 of a ton of fish, and not permitting the sale of that fish, "makes no sense", the infringement was not justified. In the result, Lambert J.A. would have allowed the appeal and entered verdicts of acquittal on all counts against the appellant.

III. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994: [1994] 1 S.C.R. ix. The following constitutional questions were stated:

1. Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?
2. Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of

quence, la Cour d'appel était compétente pour examiner cette décision. S'appuyant sur sa décision dans l'affaire *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, et sur la position qu'il y avait prise relativement à la nécessité d'identifier les droits ancestraux en fonction de l'importance des coutumes, pratiques et traditions pour les autochtones visés, le juge Lambert a conclu, au par. 159, que les Sheshaht et les Opetchesaht avaient le droit [TRADUCTION] «*de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sheshaht et Opetchesaht, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable...*» (en italique dans l'original). En outre, le juge Lambert a décidé que le ministère public n'avait pas démontré que le droit avait été éteint, se fondant à cet égard sur l'arrêt *Sparrow*, précité, pour affirmer que le règlement de pêche pris par le gouvernement fédéral ne permettait pas d'établir une intention claire et manifeste en ce sens. Il a aussi conclu, au par. 163, que les droits des Sheshaht et des Opetchesaht avaient été clairement violés par les dispositions législatives et que, comme il ne [TRADUCTION] «*faisait aucun sens*» d'autoriser des gens à prendre en moyenne trois quarts de tonne de poisson mais de ne pas leur permettre de vendre le poisson, la violation n'était pas justifiée. En conséquence, le juge Lambert aurait fait droit à l'appel et acquitté l'appelante de tous les chefs d'accusation.

III. Moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994: [1994] 1 R.C.S. ix. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?
2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il

1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in differentiating between fishing for consumption and fishing for commercial purposes in delineating the scope of the Sheshaht and Opetchesaht's aboriginal rights. The appellant argued that this differentiation was a result of the Court of Appeal's failure to view the problem from the aboriginal perspective. The appellant also argued that aboriginal rights should be "unlimited" in definition and that any limits on those rights must be justified by the Crown in accordance with the test laid out in *Sparrow*.

Delgamuukw et al. intervened on behalf of the appellant as did Howard Pamajewon et al. and the First Nations Summit. The Attorney General of British Columbia, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation all intervened on behalf of the respondent.

IV. Analysis

The adjudication of the appellant's claim requires this Court to apply the principles articulated in its decision, released contemporaneously, in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. 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". The question that must be answered in this case, therefore, is whether the appellant has demonstrated that the Sheshaht and Opetchesaht, in selling fish to the appellant, were exercising an aboriginal right.

As a preliminary matter, it should be noted that the aboriginal right asserted in this case is not one held by the appellant itself, but rather one argued to be held by the Sheshaht and Opetchesaht peo-

se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante se pourvoit pour le motif que la Cour d'appel a fait erreur en faisant une distinction entre la pêche à des fins de consommation et la pêche à des fins commerciales pour déterminer la portée des droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht. Elle a soutenu que la Cour d'appel a fait cette distinction parce qu'elle n'a pas tenu compte du point de vue des autochtones. L'appelante a affirmé en outre que, lorsqu'on définit des droits ancestraux, ceux-ci ne devraient être assujettis à [TRADUCTION] «aucune limite», et que toute limite imposée à ces droits doit être justifiée par le ministère public, conformément au critère énoncé dans *Sparrow*.

Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon et autres et le First Nations Summit sont intervenus pour soutenir l'appelante. Le procureur général de la Colombie-Britannique, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus pour appuyer l'intimée.

IV. Analyse

Pour statuer sur la revendication de l'appelante, notre Cour doit appliquer les principes qu'elle a énoncés dans l'arrêt rendu à la même date *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu, au par. 46, que pour constituer un droit ancestral une activité doit être «un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». En l'espèce, il s'agit donc de décider si l'appelante a fait la preuve que, en vendant du poisson à l'appelante, les Sheshaht et les Opetchesaht exerçaient un droit ancestral.

À titre de remarque préliminaire, il convient de signaler que le droit ancestral revendiqué en l'espèce n'est pas un droit dont l'appelante serait elle-même titulaire, mais plutôt un droit qui, affirme-

13

14

15

ples. Given, however, that in order to convict the appellant it is necessary that the sale of the fish by the Sheshaht and the Opetchesaht have been illegal, the appellant is entitled to raise as a defence to the charges against it the existence of an aboriginal right, held by the Sheshaht and Opetchesaht, and recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which would negate the illegality of the sale of salmon by members of the Sheshaht and Opetchesaht bands.

16 I now turn to the application of the *Van der Peet* test. As was held in that case, the first stage in the analysis of a claim to an aboriginal right requires the Court to determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action said to have been taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the tradition, custom or practice relied upon to establish the right.

17 In *Van der Peet* the claim to an aboriginal right was characterized not as a claim for the right to fish commercially but rather simply as a claim for the right to exchange fish for money or other goods. The right was so characterized on the basis that the transaction engaged in by Mrs. Van der Peet — the sale of 10 salmon for \$50 — could only be characterized as "commercial" in the broadest sense of the word; moreover, the regulation under which she was charged prohibited all sale or trade of fish caught under the authority of an Indian food fish licence, regardless of the extent or nature of the transaction.

18 In the case at bar, however, the claim made by the appellant appears closer to a claim of a right to fish commercially than was the case in *Van der Peet*. The sale of in excess of 119,000 pounds of salmon by 80 people, an amount constituting approximately 1,500 pounds of salmon per person, would appear to be much closer to an act of commerce — "exchange of merchandise or services, esp. on a large scale" (emphasis added), *Concise*

t-on, serait détenu par les Sheshaht et les Opetchesaht. Toutefois, étant donné que, pour que l'appelante soit déclarée coupable, il est nécessaire que la vente du poisson par les Sheshaht et les Opetchesaht ait été illégale, l'appelante a le droit de faire valoir en défense, contre les accusations qu'on lui reproche, l'existence d'un droit ancestral qui serait détenu par les Sheshaht et les Opetchesaht, qui serait reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui réfuterait l'illegalité de la vente de saumon par les membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht.

J'aborde maintenant l'application du critère établi dans *Van der Peet*. Comme il a été jugé dans cet arrêt, la première étape de l'analyse de la revendication d'un droit ancestral par notre Cour consiste à déterminer la nature précise de la revendication de l'appelante, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, affirme-t-on, aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci.

Dans *Van der Peet*, le droit ancestral revendiqué a été caractérisé non pas comme étant le droit de pêcher commercialement, mais simplement celui d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Le droit a été caractérisé de la sorte parce que l'opération faite par M^{me} Van der Peet — vente de 10 saumons pour 50 \$ — ne pouvait être qualifiée de «commerciale» que dans le sens le plus large du terme. Qui plus est, la disposition du règlement en application de laquelle cette dernière a été inculpée interdisait complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, indépendamment de la nature ou de l'ampleur de l'opération.

Cependant, dans le présent pourvoi, le droit revendiqué par l'appelante semble se rapprocher davantage du droit de pêcher commercialement que ce n'était le cas dans *Van der Peet*. La vente de plus de 119 000 livres de saumon par 80 personnes, quantité qui s'élève à environ 1 500 livres de saumon par personne, semble se rapprocher davantage d'un acte de commerce — [TRADUCTION] «échange de produits ou de services, particu-

Oxford Dictionary (7th ed. 1982) — than was engaged in by Mrs. Van der Peet, thereby suggesting that the claim being made by the appellant is, in fact, that the Sheshaht and Opetchesaht have the aboriginal right to fish commercially.

That being said, the Regulations under which the appellant was charged, like the regulation at issue in *Van der Peet*, prohibit all sale or trade of salmon caught under the authority of an Indian food fish licence or without the authority of a commercial fishing licence. This would suggest that, despite the scale and extent of the sale and trade by the Sheshaht and Opetchesaht, the claim they are making is best characterized in the manner suggested in *Van der Peet* — i.e., as a claim to the right to exchange fish for money or other goods. If the regulations restrict all sale or trade, and the Sheshaht and Opetchesaht have an aboriginal right to exchange salmon for money or other goods, then it will be at least arguable that those regulations constitute an unjustifiable infringement of the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht and are unconstitutional in their application to the appellant.

The difficulty in resolving the nature of the appellant's claim in this case can be avoided. The claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden on the appellant than a claim to an aboriginal right to exchange fish for money or other goods: to support the latter claim the appellant needs only to show that exchange of fish for money or other goods was integral to the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht, while to support the former claim the appellant needs to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods, on a scale best characterized as commercial, was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. Demonstrating that the exchange of fish occurred on a commercial scale would, necessarily, also demonstrate that the

lièrement sur une grande échelle» (je souligne), *Concise Oxford Dictionary* (7^e éd. 1982) — que l'opération effectuée par M^{me} Van der Peet, fait qui tend à indiquer que, en réalité, la prétention de l'appelante est que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral de pêcher commercialement.

Cela dit, les dispositions réglementaires en vertu desquelles l'appelante a été inculpée, tout comme celle en litige dans *Van der Peet*, interdisent complètement la vente ou l'échange de saumon pris en application d'un permis de pêche de subsistance des Indiens ou sans détenir un permis de pêche commerciale. Cela tend à indiquer que, malgré l'ampleur des ventes et échanges faits par les Sheshaht et les Opetchesaht, la meilleure façon de caractériser leur revendication est celle donnée dans *Van der Peet* — c'est-à-dire la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Si les dispositions réglementaires interdisent complètement la vente ou l'échange, et que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, il est alors à tout le moins possible de faire valoir que ces dispositions constituent une atteinte injustifiable aux droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht, et qu'elles sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles s'appliquent à l'appelante.

La difficulté que pose la détermination de la nature de la revendication de l'appelante en l'espèce peut être évitée. La revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose à l'appelante un fardeau plus lourd que la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. En effet, pour étayer la seconde revendication, l'appelante n'a qu'à démontrer que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht, tandis que pour étayer la première l'appelante doit établir que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de ces cultures distinctives. Démontrer qu'il y avait des échanges de

exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht; because of this relationship between the two claims, should the appellant fail to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht, it will also have failed to demonstrate that the exchange of fish on a commercial basis was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht.

21 This judgment will thus characterize, at the outset, the claim of the appellant as a claim that the Sheshaht and the Opetchesaht have the right to exchange fish for money or other goods. It will turn to the claim that the Sheshaht and the Opetchesaht have the right to fish commercially only if the first claim to a right to exchange fish for money or other goods has been established.

22 The second stage of the *Van der Peet* analysis requires the Court to determine whether the practice, tradition or custom claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive aboriginal society of the aboriginal people in question. The Court must thus determine, in this case, whether the exchange of fish for money or other goods could be said to be a central, significant or defining feature of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht.

23 For the purposes of this analysis no distinction will be made between the cultures of the Sheshaht and Opetchesaht because no such distinction was made by the appellant in its factum nor in the decisions of the courts below. Further, the evidence presented at trial did not distinguish between the cultures and history of the two bands. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important; however, in this case it does not appear, as a factual matter, that any significant dis-

poisson sur une échelle commerciale reviendrait nécessairement à établir par la même occasion que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht. En raison de ce rapport entre les deux revendications, si l'appelante ne parvient pas à démontrer que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht ou des Opetchesaht, elle n'aura pas non plus établi que l'échange de poisson sur une échelle commerciale faisait partie intégrante de leur culture distinctive.

En conséquence, dans le présent jugement, on considérera d'abord que l'appelante prétend que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La prétention que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit de pêcher commercialement ne sera examinée que si le bien-fondé de la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens a été établi.

Conformément à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, notre Cour doit déterminer si, avant le contact avec les Européens, la coutume, la pratique ou la tradition que l'on prétend être un droit ancestral faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive en cause. Notre Cour doit donc décider si, dans le présent cas, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens peut être qualifié de caractéristique fondamentale, importante ou déterminante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht.

Aux fins de cette analyse, aucune distinction ne sera faite entre la culture des Sheshaht et celle des Opetchesaht, puisque ni l'appelante dans son mémoire ni les juridictions inférieures dans leur décision n'en ont faite. De plus, la preuve produite au procès n'a pas établi de distinction entre la culture des deux bandes et leur histoire. Normalement, comme l'examen de la question de savoir si un droit ancestral existe ou non doit porter spécifiquement sur le groupe autochtone particulier qui revendique ce droit, les distinctions entre les différents demandeurs autochtones sont importantes. En l'espèce, toutefois, il ne semble pas y avoir, dans

tinctions exist between the Sheshaht and the Opetchesaht.

I would also note with regard to the second stage of the *Van der Peet* analysis that the determination of whether the exchange of salmon is an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht and Opetchesaht will depend, in significant part, on the factual evidence that was before the trial court and, here at the appellate level, on the findings of fact made by the trial judge. I do not agree with the position adopted by the majority of the British Columbia Court of Appeal, that the trial judge's decision in this case was purely a determination of a question of fact; however, the outcome of the appeal will turn in large part on the facts as found by MacLeod Prov. Ct. J., the trial judge.

As was emphasized in *Van der Peet*, the findings of fact made by the trial judge should not, absent a palpable and overriding error, be overturned on appeal. It has not been argued in this case, and nor does a review of the evidence and transcripts demonstrate, that the trial judge made such an error in reviewing the evidence; therefore, the question that this Court must answer is, simply, whether the findings of fact made by the trial judge demonstrate that the exchange of fish for money or other goods by the Sheshaht and Opetchesaht was a sufficiently significant, central and defining feature of their cultures so as to constitute an aboriginal right.

At trial, MacLeod Prov. Ct. J., upon reviewing the evidence, made the following findings of fact with regards to the exchange of fish by the Sheshaht Band:

I am satisfied that the Sheshaht Band has an aboriginal right to fish in the area, however, the evidence does not show to me that the Sheshahts in the period of their residence were sellers and barter[er]s of fish, and contrary, it appears that the Sheshaht over the past 200 years, what sales were made were few and far between. No doubt there were potlatches and meetings and exchanges of gifts of salmon, but these do not constitute an aborigi-

les faits, de distinctions importantes entre les Sheshaht et les Opetchesaht.

Je tiens également à souligner, au sujet de la deuxième étape de l'analyse établie dans *Van der Peet*, que la réponse à la question de savoir si l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht et de celle des Opetchesaht dépend, dans une large mesure, de la preuve factuelle dont disposait le juge au procès, et, devant nous en appel, des conclusions de fait tirées par ce dernier. Je ne suis pas d'accord avec la position des juges de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que, en l'espèce, la décision du juge du procès était purement une décision sur une question de fait. Toutefois, l'issue du pourvoi dépendra dans une large mesure des conclusions de fait du juge du procès, le juge MacLeod.

Comme il a été souligné dans *Van der Peet*, les conclusions de fait tirées par le juge du procès ne doivent pas, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, être modifiées en appel. Dans le présent pourvoi, il n'a pas été plaidé — et il ne ressort pas non plus de l'examen de la preuve et de la transcription des débats — que le juge du procès a fait une telle erreur en analysant la preuve. Par conséquent, la question que notre Cour doit trancher est simplement celle de savoir si les conclusions de fait tirées par le juge du procès établissent que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens par les Sheshaht et les Opetchesaht était une caractéristique suffisamment importante, fondamentale et déterminante de leur culture pour constituer un droit ancestral.

Au procès, après avoir étudié la preuve, le juge MacLeod a tiré les conclusions de fait qui suivent relativement à l'échange de poisson par la bande des Sheshaht:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de pêcher dans la région; toutefois, la preuve ne montre pas, à mon sens, que, durant la période où ils y habitaient, les Sheshaht ont pratiqué la vente ou le troc du poisson, mais au contraire, il semble que, dans le cas des Sheshaht au cours des 200 dernières années, les ventes ont été plutôt rares. Il ne fait aucun doute qu'il y avait des potlachs, mais

24

25

26

nal right to sell the allotted fish contrary to the Regulations.

The findings of fact made by the trial judge do not support the appellant's claim that, prior to contact, the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the Sheshaht or Opetchesaht. Sales of fish that were "few and far between" cannot be said to have the defining status and significance necessary for this Court to hold that the Sheshaht or Opetchesaht have an aboriginal right to exchange fish for money or other goods. Further, exchanges of fish at potlatches and at ceremonial occasions, because incidental to those events, do not have the independent significance necessary to constitute an aboriginal right. Potlatches and other ceremonial occasions may well be integral features of the Sheshaht and Opetchesaht cultures and, as such, recognized and affirmed as aboriginal rights under s. 35(1); however, the exchange of fish incidental to these occasions is not, itself, a sufficiently central, significant or defining feature of these societies so as to be recognized as an aboriginal right under s. 35(1). The exchange of fish, when taking place apart from the occasion to which such exchange was incidental, cannot, even if that occasion was an integral part of the aboriginal society in question, constitute an aboriginal right.

ces occasions et autres réunions du genre où on s'échangeait du saumon en cadeau ne constituent pas un droit ancestral de vendre, en violation du Règlement, le poisson attribué aux intéressés.

Les conclusions de fait du juge du procès n'appuient pas la prétention de l'appelante que, avant le contact avec les Européens, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sheshaht ou de celle des Opetchesaht. Il est impossible d'affirmer que de «rares» ventes de poisson ont le caractère déterminant et l'importance nécessaires pour permettre à notre Cour de conclure que les Sheshaht ou les Opetchesaht ont le droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. En outre, étant donné que les échanges de poisson pratiqués dans le cadre des potlatches et autres cérémonies sont des activités accessoires de ces événements, ils n'ont pas l'importance indépendante nécessaire pour constituer un droit ancestral. Il est bien possible que les potlatches et autres cérémonies fassent partie intégrante des cultures sheshaht et opetchesaht, et que, à ce titre, ils soient reconnus et confirmés comme des droits ancestraux visés au par. 35(1). Cependant, les échanges de poisson qui sont des activités accessoires de ces événements ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au par. 35(1). Les échanges de poisson qui ne surviennent pas dans le cadre de l'événement dont ils étaient un aspect accessoire ne peuvent constituer un droit ancestral, même si cet événement faisait partie intégrante de la société autochtone en question.

27 This conclusion is also dispositive of the claim that the Sheshaht and Opetchesaht have an aboriginal right to fish commercially; given that the facts do not support a claim of a right to exchange fish for money or other goods the facts cannot be said to support a claim to fish commercially.

Cette conclusion tranche aussi la prétention que les Sheshaht et les Opetchesaht ont le droit ancestral de pêcher commercialement. Étant donné que les faits n'appuient pas la revendication du droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, il est impossible d'affirmer qu'ils étaient la revendication du droit de pêcher commercialement.

V. Disposition

In the result, the appeal is dismissed and the judgment of the Court of Appeal affirming the conviction of the appellant for violating s. 61(1) of the *Fisheries Act* is affirmed. There will be no order as to costs.

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

Question 1: Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: No.

Question 2: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal, as well as the appeals in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, in which reasons are being released concurrently, and the appeal in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, concern the definition of aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

This broad issue was dealt with in *Van der Peet*. Both cases involve mainly the definition of the

V. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté et l'arrêt de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelante à l'égard de la violation du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* est confirmé. Il n'y aura aucune ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, les questions constitutionnelles doivent recevoir la réponse suivante:

Question 1: Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Non.

Question 2: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi ainsi que les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dont les motifs sont rendus en même temps, et l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, portent sur la définition des droits ancestraux qui bénéficient de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cette question générale a été étudiée dans l'arrêt *Van der Peet*. Ces pourvois portent respectivement

28

29

30

31

nature and extent of aboriginal rights. In this case, the particular question is whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples, from whom the appellant corporation purchased fish, possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

32 The Chief Justice is of the view that the Sheshaht and Opetchesaht peoples do not benefit from an existing aboriginal right to fish which includes the right to exchange fish for money or other goods and that, as a consequence, the appellant's convictions should be upheld. As in the case of *Van der Peet, supra*, I disagree with both the result he reaches and with his analysis of the issues at bar, specifically with regard to the approach to defining aboriginal rights and to the delineation of the aboriginal right claimed by the appellant.

33 N.T.C. Smokehouse Ltd. was charged with violating ss. 4(5) and 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, thereby committing an offence under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. Sections 4(5) and 27(5) of the Regulations read as follows:

4. . . .

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

27. . . .

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

Given that, in order to establish these offences, it must be determined whether the fish were lawfully sold, traded or bartered in the first place by the members of the Sheshaht and Opetchesaht Bands, it is open to the appellant to raise as a defence that these aboriginal activities are part and parcel of

principalement sur la définition de la nature et de l'étendue des droits ancestraux. Dans le présent pourvoi, la question particulière est de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht, auprès de qui la société appelante a acheté le poisson, possèdent un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Le Juge en chef est d'avis que les Sheshaht et les Opetchesaht ne jouissent pas d'un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, et que, en conséquence, les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelante devraient être confirmées. Tout comme dans *Van der Peet*, précité, je suis en désaccord à la fois avec le résultat auquel en arrive le Juge en chef et avec son analyse des questions en litige, tout particulièrement en ce qui concerne la façon dont il définit les droits ancestraux et délimite le droit ancestral revendiqué par l'appelante.

N.T.C. Smokehouse Ltd. a été accusée d'avoir violé les par. 4(5) et 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, perpétrant ainsi une infraction prévue au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Les paragraphes 4(5) et 27(5) du Règlement sont ainsi rédigés:

4. . . .

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

27. . . .

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

Étant donné que, pour prouver ces infractions, il faut déterminer si le poisson a été vendu ou échangé légalement au départ par les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht, l'appelante peut faire valoir en défense que ces activités autochtones font partie intégrante des

aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The facts surrounding the offence were agreed upon prior to trial and are contained in an agreed statement of facts which was filed as an exhibit at trial. The undisputed facts relevant to the issue at hand include:

1. N.T.C. Smokehouse Ltd. is a company duly incorporated pursuant to the laws of the Province of British Columbia and was duly authorized to carry on business as food processors during the year 1986. The processing plant of N.T.C. Smokehouse Ltd. was located near Port Alberni, British Columbia.

3. The members of the Sheshaht and Opetchesaht Bands have traditionally fished for salmon in the Somass River before the arrival of non-Indians, and more particularly in the tidal waters of the river at the "Paper Mill Dam" site.

4. The Department of Fisheries and Oceans for the year 1986, issued Indian Food Fishing licences pursuant to the regulations under the Fisheries Act for both the Sheshaht and Opetchesaht Bands. The Indian Food Fish licences permitted fishing during the month of September 1986 on the following times and days:

1. 12:00 noon September 7, 1986 to 12:00 noon September 9, 1986;
2. 12:00 noon September 14, 1986 to 12:00 noon September 16, 1986;
3. 12:00 noon September 21, 1986 to 8:00 a.m. September 22, 1986.

The quota for Indian food fish that was allocated from the Department of Fisheries and Oceans to the Bands was 13,000 Chinook salmon. Attached to this agreement as Exhibit "A" is a copy of the Food Fish licence. Subsequent to the Indian food fishery, the Sheshaht and Opetchesaht Bands reported in May of 1987 to the Department of Fisheries and Oceans that approximately 19,800 pieces of Chinook salmon were caught. These figures are unverified by the Department of Fisheries and Oceans.

droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Avant le procès, les parties ont convenu des faits de l'infraction. Ces faits figurent dans l'exposé conjoint des faits qui a été déposé au procès. Les faits non contestés et pertinents à l'égard de la question en litige sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. N.T.C. Smokehouse Ltd. est une personne morale dûment constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique et elle a été dûment autorisée durant l'année 1986 à exercer des activités de transformation alimentaire. L'usine de transformation de N.T.C. Smokehouse Ltd. est située près de Port Alberni, en Colombie-Britannique.

3. Les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht ont traditionnellement pêché le saumon dans la rivière Somass avant l'arrivée des non-Indiens et, plus particulièrement, dans les eaux à marée, à l'emplacement du barrage de la papeterie.

4. Le ministère des Pêches et des Océans a délivré à la bande des Sheshaht et à celle des Opetchesaht, pour l'année 1986, des permis de pêche de subsistance des Indiens en application du règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Les permis de pêche de subsistance des Indiens permettaient la pêche durant le mois de septembre 1986, aux heures et dates suivantes:

1. de 12 h le 7 septembre 1986 à 12 h le 9 septembre 1986;
2. de 12 h le 14 septembre 1986 à 12 h le 16 septembre 1986;
3. de 12 h le 21 septembre 1986 à 8 h le 22 septembre 1986.

Pour les bandes, le contingent fixé par le ministère des Pêches et des Océans à l'égard de la pêche de subsistance des Indiens était de 13 000 saumons quinnat. Figure à l'annexe A du présent exposé conjoint une copie du permis de pêche de subsistance. Après avoir ainsi exercé leur droit de pêche, la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht ont, en mai 1987, déclaré au ministère des Pêches et des Océans qu'environ 19 800 saumons quinnat avaient été pris. Ces chiffres n'ont pas été vérifiés par le ministère des Pêches et des Océans.

5. No other fishery was permitted on the Somass River or in the Port Alberni Inlet during the month of September 1986, including commercial fishing, except for a sports fishery which was closed on September 14, 1986 through November 30, 1986, pursuant to the Fisheries Act and Regulations.

9. N.T.C. Smokehouse Ltd. between September 7 and 23, 1986 purchased approximately 119,435 pounds of Chinook salmon, which fish were caught and sold during the period of September 7 to 23, 1986 by approximately 80 natives Indians representing approximately 65 members of the Sheshaht Band and 15 members of the Opetchesaht Band, from the tidal waters of the Somass River at the "Paper Mill Dam" site.

10. N.T.C. Smokehouse Ltd. between September 8, 1986 and October 24, 1986 sold approximately 105,302 pounds of the Chinook salmon which it had purchased as set out in paragraph 9.

11. The average price of the Chinook salmon purchased by N.T.C. Smokehouse Ltd. was \$1.15 per pound and the re-sale price of the said fish was approximately \$1.58 per pound. It is agreed that the fish subsequently were disposed of by N.T.C. Smokehouse Ltd. to Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. and Maranatha Seafoods Ltd.

13. There are no other Indian Bands or tribes other than the Sheshaht Band and the Opetchesaht Band who occupy lands adjacent to the Somass River or upstream from the Somass River and there are no other Indians who claim aboriginal rights to fish in the Somass River.

5. Aucune autre activité de pêche n'a été autorisée dans la rivière Somass ou dans le chenal de Port Alberni durant le mois de septembre 1986, y compris des activités de pêche commerciale, sauf pour la pêche sportive, qui a été fermée du 14 septembre 1986 au 30 novembre 1986, conformément à la *Loi sur les pêcheries* et au règlement d'application.

9. Entre le 7 et le 23 septembre 1986, N.T.C. Smokehouse Ltd. a acheté 119 435 livres de saumon quinnat qui a été pris et vendu durant la période du 7 au 23 septembre 1986 par environ 80 Indiens, soit quelque 65 membres de la bande de Sheshaht et 15 membres de la bande des Opetchesaht, dans les eaux à marée de la rivière Somass, à l'emplacement du barrage de la papeterie.

10. Entre le 8 septembre et le 24 octobre 1986, N.T.C. Smokehouse Ltd. a vendu environ 105 302 livres du saumon quinnat qu'elle avait acheté de la manière indiquée au paragraphe 9.

11. Le prix moyen du saumon quinnat acheté par N.T.C. Smokehouse Ltd. s'est élevé à 1,15 \$ la livre et son prix de revente à environ 1,58 \$ la livre. Il est admis que le poisson a ensuite été vendu par N.T.C. Smokehouse Ltd. à Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. et Maranatha Seafoods Ltd.

13. Aucune autre bande ou tribu indienne, hormis la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht, n'occupe de terres adjacentes à la rivière Somass ou situées en amont de celle-ci, et aucun autre Indien ne revendique de droits de pêche ancestraux dans la rivière Somass.

35

At trial, in convicting the appellant for violating the *Fisheries Act*, MacLeod Prov. Ct. J.'s judgment centred on the issue of whether the Somass River was on the reserve; the appellant does not raise this ground before us. MacLeod Prov. Ct. J. also held that the evidence did not support the recognition of an aboriginal right to sell and barter fish. He found that over the past 200 years, the exchanges of fish in the Sheshaht and Opetchesaht communities were "few and far between".

Au procès, dans son jugement déclarant l'appelante coupable d'avoir enfreint la *Loi sur les pêcheries*, le juge MacLeod s'est attaché principalement à la question de savoir si la rivière Somass faisait partie de la réserve, argument que l'appelante n'a pas avancé devant notre Cour. Le juge MacLeod a aussi statué que la preuve ne justifiait pas la reconnaissance d'un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson. À son avis, au cours des 200 dernières années, les échanges de poisson ont été rares et espacés dans les communautés sheshaht et opetchesaht.

On appeal to the County Court of Vancouver Island (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, Melvin Co. Ct. J. held that, although an aboriginal right to sell, trade or barter fish does exist in this case, the evidence did not show that the Sheshaht and Opetchesaht traded in fish in such a magnitude as to cover the purchases of the appellant. According to him, the convictions of the appellant were sustainable in any event because the Regulations were necessary for the proper management and conservation of the resource.

At the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, Wallace J.A. (Taggart and Macfarlane J.J.A. concurring), for the majority, held that the appellant had not demonstrated the existence of an aboriginal right to sell fish. Since, in his view, the identification of whether pre-sovereignty aboriginal practices amount to a current aboriginal right is a question of fact, Wallace J.A. held that the position taken by the trial judge in this case should not be disturbed. In his concurring judgment, Hutcheon J.A. agreed that the Court of Appeal was bound by the trial judge's findings that the evidence did not support the recognition of an aboriginal right to sell fish.

Lambert J.A. dissented, holding that the trial judge committed an error of law in considering only the pre-contact practices of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. He concluded that the Sheshaht and Opetchesaht bands had an aboriginal right to sell, trade and barter fish in order to provide them with a "moderate livelihood".

Leave to appeal was granted by this Court ([1994] 1 S.C.R. ix) and the following two constitutional questions were formulated by the Chief Justice:

1. Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason

En appel devant la Cour de comté de l'île de Vancouver (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, le juge Melvin a décidé que, bien qu'il existe effectivement en l'espèce un droit ancestral de vendre ou d'échanger du poisson, la preuve n'a pas établi que les Sheshaht et les Opetchesaht faisaient le commerce du poisson à une échelle correspondant à l'ampleur des achats de l'appelante. D'après lui, les déclarations de culpabilité de l'appelante étaient de toute façon justifiées étant donné que le Règlement était nécessaire à la gestion et à la conservation judiciaires de la ressource.

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, le juge Wallace (avec l'appui des juges Taggart et Macfarlane), exprimant le point de vue de la majorité, a estimé que l'appelante n'avait pas prouvé l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson. Comme, à son avis, la question de savoir si des pratiques autochtones antérieures à la souveraineté constituent un droit ancestral aujourd'hui est une question de fait, le juge Wallace a statué qu'il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion tirée par le juge du procès en l'espèce. Souscrivant à l'avis de son collègue, le juge Hutcheon a conclu que la Cour d'appel était liée par la conclusion du juge du procès selon laquelle la preuve n'appuyait pas la reconnaissance d'un droit ancestral de vendre du poisson.

Le juge Lambert, dissident, a statué que le juge du procès avait commis une erreur de droit en tenant compte seulement des pratiques des Sheshaht et des Opetchesaht avant le contact avec les Européens. Il a conclu que les Sheshaht et les Opetchesaht avaient le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson pour s'assurer une [TRA-
DUCTION] «subsistance convenable».

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi demandée ([1994] 1 R.C.S. ix) et les deux questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitu-*

36

37

38

39

of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

2. Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General Regulations)*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

40

The particular question here is whether the historical evidence on the record supports the recognition of an existing aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes in light of the approach to defining the nature and extent of aboriginal rights that I set out in *Van der Peet*. As a preliminary matter, however, it is necessary to provide a general background by briefly reviewing the context of aboriginal claims under s. 35(1) as well as the *Sparrow* test, the approach to the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed in this case.

I. General Background

41

At the outset, it is useful to note that this case is confined to the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellant has abandoned its claim that the *Sheshaht Band Fish By-Law*, SOR/82-471, applicable on the reserve, could constitute a defence to the offences under the Regulations. Further, there is no contention relating to aboriginal title or to treaty rights. The appellant simply argues that the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish — arising out of the historic occupation and use of their ancestral lands — which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

42

The analytical framework for constitutional claims of aboriginal rights protection under s.

tionnelle de 1982, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

La question particulière qui se pose en l'espèce est de savoir si l'application de la méthode que j'ai énoncée dans *Van der Peet*, pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux, indique que la preuve historique figurant au dossier étaye la reconnaissance d'un droit ancestral existant de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Au départ, cependant, il est nécessaire d'exposer brièvement le contexte général de l'examen des revendications autochtones fondées sur le par. 35(1), ainsi que le critère énoncé dans *Sparrow*, la méthode à appliquer pour interpréter la nature et l'étendue des droits ancestraux et, enfin, la délimitation du droit ancestral revendiqué dans le présent cas.

I. Contexte général

Tout d'abord, il est utile de signaler que le présent pourvoi ne porte que sur la reconnaissance d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, l'appelante a abandonné son argument que le *Sheshaht Band Fish By-Law*, DORS/82-471, applicable dans la réserve, pouvait constituer un moyen de défense en cas d'infractions au Règlement. En outre, elle n'avance aucune prétention fondée sur un titre aborigène ou sur des droits issus de traités. L'appelante soutient simplement que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral — découlant de l'occupation et de l'utilisation historiques de leurs terres ancestrales — qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Le cadre d'analyse des demandes de nature constitutionnelle visant à obtenir la protection d'un

35(1) was 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.

In the instant case, the issues relate only to the first step of the *Sparrow* test, dealing with the assessment and definition of aboriginal rights. Therefore, we must first determine the nature and extent of the Sheshaht and Opetchesaht peoples' aboriginal right to fish — i.e., whether it includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes — and then whether such right has been extinguished by a clear and plain intention of the Crown. If it becomes necessary to proceed to the questions of *prima facie* infringement and justification, the case should be sent back to trial because there is insufficient evidence to enable this Court to decide those issues.

As regards the approach to defining the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights, it is important to keep in mind the traditional and fundamental principles of interpretation relating to aboriginal law and to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which can be captured 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 construed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to the aboriginal perspective on the meaning of the rights asserted. Again here, although the Chief Justice refers to these interpretative canons, he does

droit en tant que droit ancestral en vertu du par. 35(1) a été élaboré dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. En bref, le critère formulé dans cet arrêt comporte trois volets: (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.

Dans le présent cas, les questions en litige ne concernent que le premier volet du critère établi dans *Sparrow*, soit celui touchant l'évaluation et la définition des droits ancestraux. Par conséquent, il nous faut d'abord déterminer la nature et l'étendue du droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht — c'est-à-dire décider si ce droit inclut celui de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance — puis décider si Sa Majesté a manifesté l'intention claire et expresse de l'éteindre. S'il devient nécessaire d'aborder les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification, l'affaire devra être renvoyée au tribunal de première instance, car la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de trancher ces questions.

Quant à la méthode qu'il convient d'appliquer pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux protégés par la Constitution, 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 exprimés dans les termes qui suivent. 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 à la lumière de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits

43

44

not seem to apply them to his definition of the aboriginal right at hand.

45

In *Van der Peet, supra*, after a detailed review of the possible approaches to defining 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 be centred on the notion of "integral part of . . . distinctive [aboriginal] culture" and should "permit [the] evolution [of aboriginal rights] over time" (see *Sparrow, supra*, at pp. 1099 and 1093, respectively). I offered the following guidelines concerning 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 rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices, traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. [Emphasis added.]

The Chief Justice also uses the notion of "integral part of distinctive aboriginal culture" in his interpretation of the aboriginal right at bar. However, I cannot but distance myself from his approach which, unlike the one I favour, focuses on pre-contact individualized aboriginal practices.

revendiqués. Encore une fois, quoique le Juge en chef se réfère à ces règles d'interprétation, il ne semble pas les appliquer à sa définition du droit ancestral en cause.

Dans *Van der Peet*, précité, j'ai conclu, après un examen détaillé des différentes méthodes de définition des droits ancestraux visés au par. 35(1), que la méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones, ne devait pas être adoptée. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de «partie intégrante [d'une] culture [autochtone] distinctive» et devrait «permettre [aux] droits d'évoluer avec le temps» (voir l'arrêt *Sparrow*, précité, aux pp. 1099 et 1093 respectivement). J'ai proposé les lignes directrices qui suivent au sujet de cette méthode d'interprétation (au par. 180):

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

Le Juge en chef utilise aussi la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» dans son interprétation du droit ancestral en cause dans le présent pourvoi. Toutefois, je ne peux me rallier à son analyse qui, contrairement à celle que je favorise, s'attache aux pratiques autochtones particulières qui existaient avant le contact avec les Européens.

The next matter is the delineation of the aboriginal right claimed by the appellant in this case. At the British Columbia Court of Appeal, as in *Van der Peet, supra*, the majority framed the issue as being whether the Sheshaht and Opetchesaht possess an aboriginal right to fish which includes the right to make commercial use of the fish. The Chief Justice also seems to favour this finding, although he only examines whether the bands benefit from an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

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 (Prov. Div.). Although I agree with the Chief Justice that the delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum, I diverge as to his conclusion to frame the aboriginal right here in terms of commercial fishing.

In my view, in light of the factual context, the contentions of the appellant and the legislative provisions under constitutional challenge, 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 livelihood, support and sustenance purposes" (emphasis added), not on the part dealing with commercial activities (see *Van der Peet, supra*, para. 191).

First, the facts underlying the instant case do not sustain the Court of Appeal's framing of the issue in terms of commercial fishing. The appellant, N.T.C. Smokehouse Inc., purchased approximately 119,435 pounds of chinook salmon which were caught and sold by approximately 80 natives of both the Sheshaht and Opetchesaht bands; there was no evidence presented by the Crown as to whether there were other transactions of that sort in 1986, the relevant year in this case. I note that, since an average chinook salmon (or king salmon)

La question suivante est la définition du droit ancestral revendiqué par l'appelante en l'espèce. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a, comme dans *Van der Peet*, précité, estimé que la question en litige était de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de faire une utilisation commerciale du poisson. Le Juge en chef semble lui aussi préconiser cette conclusion, quoiqu'il limite son examen à la question de savoir si les bandes jouissent du droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Tel que mentionné dans *Van der Peet*, la jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités relatifs au commerce justifie que l'on fasse une distinction entre la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance d'une part, et la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales d'autre part: voir *Sparrow*, précité; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; et *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Div. prov.). Bien que je sois d'accord avec le Juge en chef que la délimitation des droits ancestraux doit être envisagée dans un continuum, je ne partage pas sa conclusion que le droit ancestral ici en cause doit être approché sous l'angle de la pêche commerciale.

À mon avis, à la lumière du contexte factuel, des prétentions de l'appelante et des dispositions législatives visées par la contestation constitutionnelle, il appert que le droit ancestral en litige correspond, sur ce continuum, à la vente et à l'échange de poisson «à des fins de subsistance» (je souligne), et non à des activités commerciales (voir *Van der Peet*, précité, par. 191).

Premièrement, les faits de l'espèce ne permettent pas, comme l'a fait la Cour d'appel, de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante, N.T.C. Smokehouse Inc., a acheté quelque 119 435 livres de saumon quinnat qui avait été pris et vendu par environ 80 autochtones appartenant aux bandes des Sheshaht et des Opetchesaht. Le ministère public n'a pas présenté de preuve indiquant qu'il y avait eu d'autres opérations de la sorte en 1986, année en cause en l'espèce. Je souligne que, comme un saumon quinnat

46

47

48

49

weighs 10 kilograms or 22 pounds (see *The New Encyclopaedia Britannica* (15th ed. 1990), vol. 6, at p. 873), the quantity of fish purchased represents approximately 5,425 chinook salmon, or 68 fish per person. Further, the quota allocated by the Department of Fisheries and Oceans to the two bands in respect of Indian food fish, pursuant to s. 27(1) of the Regulations, was 13,000 chinook salmon. Therefore, the amount of chinook salmon sold to the appellant represents approximately 40 percent of the Indian food fish permitted.

50 There is scanty evidence as to the purposes for which the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands sold the fish to the appellant or as to the use that they were going to make of the money. Only Agnes Sam, a member of the Sheshaht Band who gave evidence at trial, testified that she sold the salmon to the appellant because she needed the money to buy jars to can fish and to buy little things for her grandchildren. From the overall evidence on the record, however, it appears reasonable to find that the transactions between the band members and the appellant were not, on the part of the natives, activities directed at providing an economic profit.

51 On average, every native sold about 68 chinook salmon, weighing 22 pounds each, at a price of \$1.15 per pound, for a total of approximately \$1720. I doubt that such transactions can be fairly labelled as purely commercial. Further, the Department of Fisheries and Oceans has considered that a quota of 13,000 chinook salmon was sufficient for the maintenance of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. In my view, selling approximately 40 percent of the quota allocated for food purposes does not amount to a commercial activity but constitutes an exchange of fish directed at providing livelihood, support and sustenance to band members and their families.

(ou saumon royal) pèse en moyenne 10 kilogrammes ou 22 livres (voir *The New Encyclopaedia Britannica* (15^e éd. 1990), vol. 6, à la p. 873), la quantité de poisson achetée représente environ 5 425 saumons quinnat, soit 68 poissons par personne. En outre, en 1986, le contingent annuel attribué par le ministère des Pêches et des Océans aux deux bandes au titre de la pêche de subsistance des Indiens, en vertu du par. 27(1) du Règlement, était de 13 000 saumons quinnat. Par conséquent, la quantité de saumons quinnat vendue à l'appellante représente environ 40 pour 100 du contingent autorisé au titre de la pêche de subsistance des Indiens calculé annuellement.

Il y a peu d'éléments de preuve en ce qui concerne les fins pour lesquelles les membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht ont vendu le poisson à l'appelante, ou l'utilisation qu'ils comptaient faire du produit de cette vente. Seule Agnes Sam, membre de la bande des Sheshaht qui a témoigné au procès, a dit qu'elle avait vendu le saumon à l'appelante parce qu'elle avait besoin d'argent pour se procurer des bocaux pour mettre le poisson en conserve et pour acheter des gâteries à ses petits-enfants. Toutefois, il semble raisonnable de conclure, à la lumière de l'ensemble de la preuve au dossier, que les opérations conclues par les membres des bandes et l'appelante n'étaient pas, pour ce qui concerne les autochtones, des activités destinées à réaliser des profits.

En moyenne, chaque autochtone a vendu environ 68 saumons quinnat pesant en moyenne 22 livres chacun, au prix de 1,15 \$ la livre, pour un total d'environ 1 720 \$. Je doute que de telles opérations puissent à juste titre être qualifiées de purement commerciales. De plus, le ministère des Pêches et des Océans a estimé qu'un contingent de 13 000 saumons quinnat était suffisant pour les besoins des Sheshaht et des Opetchesaht. À mon avis, le fait de vendre quelque 40 pour 100 du contingent attribué à des fins alimentaires n'équivaut pas à une activité commerciale, mais constitue plutôt un échange de poisson visant à assurer la subsistance des membres des bandes et de leur famille.

Second, the appellant did not argue in the courts below or before this Court that the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish for commercial purposes. The contentions were limited to the recognition of an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish, without more specification. I believe that the Court of Appeal misconceived the appellant's claim in framing the issue in terms of whether the bands have an aboriginal right to make commercial use of the fish.

Finally, the legislative provisions under constitutional challenge in this case are not directed only at commercial fishing; they prohibit both commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish. Section 4(5) of the Regulations forbids the sale, trade and barter of fish other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 27(5) of the Regulations forbids the sale, trade and barter of fish caught under the authority of an Indian food fish licence. In other words, these provisions prohibit any sale, trade or barter of fish, whether for livelihood, support and sustenance purposes or for purely commercial purposes. Therefore, the substance of the legislative provisions under constitutional scrutiny requires, on the facts giving rise to this case, that it be decided whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

Now that the *Sparrow* test under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* has been set out, along with the approach to defining the nature and extent of aboriginal rights, and the delineation of the aboriginal right claimed, I can turn to the issue at bar, namely the assessment and definition of the alleged existing aboriginal right (including extinguishment). In that respect, I will first review the evidence to determine whether the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the

Deuxièmement, l'appelante n'a pas soutenu devant les tribunaux inférieurs ni devant notre Cour que les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Ses prétentions se sont limitées à la reconnaissance d'un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre et d'échanger du poisson, sans autre précision. Je crois que la Cour d'appel a mal interprété la position de l'appelante en posant la question en litige en termes de droit ancestral pour les bandes de faire une utilisation commerciale du poisson.

Enfin, les dispositions législatives mises en cause par la contestation constitutionnelle ne visent pas seulement la pêche commerciale. En effet, elles interdisent de vendre et d'échanger du poisson, et ce tant à des fins commerciales que non commerciales. Le paragraphe 4(5) du Règlement interdit de vendre et d'échanger du poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale. Le paragraphe 27(5) du Règlement interdit de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. Autrement dit, ces dispositions interdisent complètement la vente ou l'échange de poisson, que ce soit à des fins de subsistance ou à des fins purement commerciales. En conséquence, à la lumière des faits à l'origine du présent cas, la substance des dispositions législatives qui font l'objet de l'examen constitutionnel commande de déterminer si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent effectivement un droit de pêche ancestral qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Une fois établi le test de *Sparrow* relativement au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la méthode à suivre pour définir la nature et l'étendue des droits ancestraux et la délimitation du droit ancestral revendiqué, je peux maintenant aborder la question en litige, soit l'évaluation et la définition du droit ancestral existant allégué (y compris son extinction). À cet égard, je vais d'abord examiner la preuve pour déterminer si la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone dis-

52

53

54

Sheshaht and Opetchesaht's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time.

II. Definition of Aboriginal Rights

55

It is necessary here to look at the historical evidence to see whether the particular groups of aboriginal people, the Sheshaht and Opetchesaht bands, from whom the appellant purchased the salmon, have sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes, in a manner sufficiently significant and fundamental to their culture and social organization, for a substantial continuous period of time, enabling them to benefit from a constitutionally protected aboriginal right in that respect.

56

The trial judge considered the documentary and expert evidence on the Sheshaht and Opetchesaht peoples' practices, traditions and customs, and reached the following conclusions:

There's no doubt that the Sheshaht Band has the aboriginal rights to catch the fish returning in the area that they do fish. There is some evidence of barter exchange between the different bands and Mr. Inglis is unable to find any record of the selling of fish to the settlers. In 1882, the population of the Band totalled some 176. Its needs were easily accomplished in obtaining sufficient food. There is evidence that other foods were supplied.

I am satisfied that the Sheshaht Band has an aboriginal right to fish in the area, however, the evidence does not show to me that the Sheshahts in the period of their residence were sellers and barter[er]s of fish, and contrary, it appears that the Sheshaht over the past 200 years, what sales were made were few and far between. No doubt there were potlatches and meetings and exchanges of gifts of salmon, but these do not constitute an aboriginal right to sell the allotted fish contrary to the Regulations. [Emphasis added.]

tinctive des Sheshaht et des Opetchesaht pendant une période considérable et ininterrompue.

II. Définition des droits ancestraux

Il est nécessaire ici d'examiner la preuve historique pour voir si les groupes particuliers d'autochtones, en l'occurrence la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht, auprès de qui l'appelante a acheté le saumon, ont pratiqué la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance, d'une façon suffisamment importante et fondamentale pour leur organisation sociale et leur culture, et ce pendant une période considérable et ininterrompue, auquel cas ils bénéficient à cet égard d'un droit ancestral protégé par la Constitution.

Après avoir examiné la preuve documentaire et la preuve d'expert concernant les coutumes, pratiques et traditions des Sheshaht et des Opetchesaht, le juge du procès est arrivé aux conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de prendre le poisson qui remonte dans le secteur où elle pêche. Il y a certains éléments de preuve indiquant que les diverses bandes faisaient du troc, et M. Inglis est incapable de trouver quelque document attestant la vente de poisson aux colons. En 1882, la bande comptait quelque 176 membres. Elle trouvait suffisamment de nourriture pour subvenir facilement à ses besoins alimentaires. La preuve indique que d'autres denrées alimentaires étaient fournies.

Je suis convaincu que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de pêcher dans la région; toutefois, la preuve ne montre pas, à mon sens, que, durant la période où ils y habitaient, les Sheshaht ont pratiqué la vente ou le troc du poisson, mais au contraire, il semble que, dans le cas des Sheshaht au cours des 200 dernières années, les ventes ont été plutôt rares. Il ne fait aucun doute qu'il y avait des potlachs, mais ces occasions et autres réunions du genre où on s'échangeait du saumon en cadeau ne constituent pas un droit ancestral de vendre, en violation du Règlement, le poisson attribué aux intéressés. [Je souligne.]

On appeal, the County Court judge substantially revisited the evidence on the record and found that the Sheshaht and Opetchesah peoples engaged in the sale, trade and barter of fish both prior to and after the coming of Europeans. He concluded, however, that the offending transactions at hand were commercial in nature and that the Regulations were necessary for the management and conservation of the fishery. He stated:

Consequently, there was evidence, albeit of a limited nature, before the learned Provincial Court Judge that the Band traded in fish.

The evidence in the case at bar, when one considers the magnitude of the sale to the appellant, in my opinion, it tends to lift the disposition to commercial proportions, rather than the disposition of fish for societal needs as touched on in *Sparrow v. R.*

In any event, I am satisfied that the regulations as they exist are necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest and as such are valid and enforceable and the appellant's argument fails. [Emphasis added.]

The majority of the British Columbia Court of Appeal was of the view that the test for identifying aboriginal rights was whether the manifestations of the distinctive aboriginal culture were unique to native culture as it existed at the time of British sovereignty. Wallace J.A., referring to his reasons in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, explained his position as follows (quoted from *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, at paras. 40-44):

In *Delgamuukw v. British Columbia* (the reasons for judgment are filed at this time), I set out in some detail the nature and scope of aboriginal rights as recognized by the common law. It may be convenient to refer again to pertinent passages from that decision:

At para. 389:

As previously noted, aboriginal peoples are accorded by the adjusted common law additional or special aboriginal rights over and above the rights enjoyed by all citizens of Canada. What then makes

En appel, le juge de la Cour de comté a réexaminé à fond la preuve au dossier et statué que les Sheshaht et les Opetchesah avaient pratiqué la vente et l'échange de poisson tant avant qu'après l'arrivée des Européens. Il a toutefois conclu que les opérations reprochées étaient de nature commerciale et que le Règlement était nécessaire à la gestion et à la conservation des ressources halieutiques. Il a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Par conséquent, le juge de la Cour provinciale disposait d'éléments de preuve, quoique limités, montrant que la bande faisait le commerce du poisson.

Compte tenu de l'ampleur de la vente à l'appelante, je suis d'avis que la preuve dans la présente affaire, tend à faire de cette vente une opération d'envergure commerciale, plutôt qu'une simple disposition à des fins sociales, aspect qui a été abordé dans *Sparrow c. La Reine*.

Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que le règlement, tel qu'il existe, est soit nécessaire soit pour assurer une gestion et une conservation judicieuses de la ressource, soit dans l'intérêt public, et, à ce titre, il est valide et exécutoire; l'argument de l'appelante ne peut donc être retenu. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a dit être d'avis que le critère à appliquer pour identifier les droits ancestraux consiste à se demander si les manifestations de la culture autochtone distinctive étaient propres à cette culture, telle qu'elle existait au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique. Se reportant à ses motifs dans l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, le juge Wallace a expliqué ainsi sa position (motifs publiés dans *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, aux par. 40 à 44):

[TRADUCTION] Dans *Delgamuukw c. British Columbia* (les motifs du jugement ont été déposés), j'ai énoncé de façon assez détaillée la nature et la portée des droits ancestraux reconnus par la common law. Il peut être utile de se référer de nouveau aux passages pertinents de cette décision:

Au par 389:

Comme il a été souligné précédemment, la common law modifiée accorde aux peuples autochtones des droits additionnels ou spéciaux, en sus de ceux dont jouissent tous les autres citoyens du Canada.

these rights "aboriginal" and distinguishes them from the other rights which the aboriginal people enjoy along with other residents of British Columbia?

Further, at para. 392:

It is the traditional practices and ways of the aboriginal people associated with this occupation which attract common law protection. In *Sparrow* at p. 1099, Dickson C.J. and La Forest J. said the protection of aboriginal rights extended to those practices which were "an integral part of their distinctive culture". This feature of aboriginal rights imports an historical dimension, which requires that the practices receiving protection be part and parcel of the pre-sovereignty aboriginal society.

Further, at para. 393:

Thus, aboriginal rights are intimately connected to pre-sovereignty aboriginal practices. They are site and activity specific and their existence turns on the particular facts of each case: *R. v. Kruger*, [1978] 1 S.C.R. 104 at 109. For example, while the netting of fish in a certain location in a certain way might well constitute the exercise of an aboriginal right, the same activity under different circumstances might not be so characterized. The precise character of an aboriginal right turns on the nature of the activity, the site at which the activity takes place, and the activity's connection to the particular aboriginal community's traditional way of life.

These passages reflect the principles of the common law which determine the criteria which activities must satisfy in order to constitute aboriginal rights. [Emphasis added.]

The majority held that the pre-sovereignty aboriginal practices were questions of fact and that the trial judge's findings should not be overturned.

59

Lambert J.A., dissenting, referred to his reasons in *Van der Peet*, and used a "social" form of description of aboriginal rights, which does not "freeze" in time aboriginal practices, traditions and customs. After reviewing the evidence presented at trial, he concluded (*N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra*, at para. 159):

Qu'est-ce qui fait de ces droits des droits «ancestraux» et qui les distingue des autres droits dont jouissent les autochtones à l'instar des autres habitants de la Colombie-Britannique?

Puis, au par. 392:

Ce sont les pratiques et coutumes traditionnelles des autochtones qui se rattachent à cette occupation qui bénéficient de la protection de la common law. Dans *Sparrow*, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dit que la protection des droits ancestraux s'étendait aux pratiques qui font «partie intégrante de la culture distinctive». Cette caractéristique des droits ancestraux évoque une dimension historique, qui exige que les pratiques qui bénéficient de la protection aient fait partie intégrante de la société autochtone avant l'affirmation de la souveraineté.

Et au par 393:

Aussi les droits ancestraux sont-ils intimement liés aux pratiques autochtones antérieures à la souveraineté. Ils sont propres à un lieu et à une activité donnés, et leur existence dépend des faits particuliers de chaque cas: *R. c. Kruger*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109. Par exemple, la pêche au filet à un certain endroit et d'une certaine manière peut fort bien constituer l'exercice d'un droit ancestral, alors que la même activité, pratiquée dans d'autres circonstances, ne serait pas qualifiée de la sorte. Le caractère précis d'un droit ancestral dépend de la nature de l'activité, du lieu où elle est exercée et du lien de cette activité avec le mode de vie traditionnel de la collectivité autochtone en cause.

Ces passages traduisent les principes de la common law qui déterminent les critères auxquels doivent satisfaire les activités pour constituer des droits ancestraux. [Je souligne.]

Les juges de la majorité ont statué que les pratiques autochtones antérieures à l'affirmation de la souveraineté étaient des questions de fait et que les conclusions du juge du procès ne devaient pas être modifiées.

Le juge Lambert, dissident, s'est référé à ses motifs dans *Van der Peet*, et il a appliqué une forme «sociale» de description des droits ancestraux n'ayant pas pour effet de «figer» les coutumes, pratiques et traditions autochtones. Après avoir étudié la preuve présentée au procès, il a conclu ainsi (*N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, au par. 159):

For these reasons I conclude that the best description of the aboriginal customs, traditions and practices of the Sheshaht and Opetchesaht peoples in relation to the chinook salmon run on the Somass River is that their customs, traditions and practices have given rise to an aboriginal right, to be exercised in accordance with their rights of self-regulation, including recognition of the need for conservation, to catch, and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sheshaht and Opetchesaht peoples, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood and, in any event, not less than the quantity of salmon needed to provide every one of the collective holders of the aboriginal right with the same amount of salmon per person per year as would have been consumed or otherwise utilized by each of the collective holders of the right, on average, from a comparable year's salmon run, in, say, 1800. [Italics in original; emphasis added.]

This review shows that the findings of fact relating to whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish rest on a mischaracterization of the aboriginal right claimed, a misconception of the proper approach to the interpretation of the nature and extent of such rights, as well as a confusion on the threefold test propounded in *Sparrow, supra*.

The trial judge erred, in my view, in formulating the question in terms of commercial fishing, in looking at the particular practices unique to the Sheshaht and Opetchesaht in order to define the right at stake, and in considering whether the Regulations were justifiable when assessing the aboriginal right at stake. Similarly, the County Court judge mischaracterized the issue and confused the definition step with the justification step of the *Sparrow* test. The majority of the British Columbia Court of Appeal was also in error in framing the issue as being whether an aboriginal right to fish commercially existed and in using a "frozen right" approach focusing on individualized

[TRADUCTION] *Pour ces motifs, je conclus que la meilleure façon de décrire les coutumes, pratiques et traditions autochtones des Sheshaht et des Opetchesaht relativement à la remonte de saumon quinnat dans la rivière Somass est de dire que leurs coutumes, pratiques et traditions ont donné naissance à un droit ancestral, qui doit être exercé conformément à leurs droits à Vautoréglementation, y compris la reconnaissance des besoins de conservation, de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sheshaht et Opetchesaht suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui veulent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable; la quantité de saumon ne devant pas, quoi qu'il en soit, être inférieure à la quantité requise pour fournir à chacun des détenteurs à titre collectif du droit ancestral la même quantité annuelle de saumon par personne que ces derniers auraient pu consommer ou utiliser par ailleurs, en moyenne, lors d'une remonte annuelle comparable de saumon, disons en 1800. [En italique dans l'original; je souligne.]*

Cet examen montre que les conclusions de fait sur la question de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson découlent d'une caractérisation erronée du droit ancestral revendiqué, d'une mauvaise interprétation de la méthode qu'il convient de suivre pour définir la nature et l'étendue d'un tel droit et d'une confusion dans l'application du critère à trois volets établi dans *Sparrow*, précité.

Le juge du procès a commis une erreur, à mon sens, en formulant la question sous l'angle de la pêche commerciale, en examinant les pratiques particulières propres aux Sheshaht et aux Opetchesaht pour définir le droit en cause et en se demandant, dans l'évaluation du droit ancestral en cause, si le Règlement était justifiable. De même, le juge de la Cour de comté a mal caractérisé la question en litige et confondu le volet concernant la définition et celui concernant la justification prévus par le critère établi dans *Sparrow*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a aussi commis une erreur en considérant que la question était de savoir s'il existait un droit ancestral de pêcher commercialement et en appliquant, pour définir la nature et l'étendue du droit ancestral, une méthode

60

61

native practices in order to define the nature and extent of the aboriginal right.

62 As I have noted at the outset, the issue in the present appeal is whether the Sheshaht and Opetchesaht's aboriginal right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The nature and extent of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* must, in my view, be defined by referring to the notion of "integral part of a distinctive aboriginal culture", i.e., whether an aboriginal practice, tradition or custom has been sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time.

63 As a consequence, when the trial judge examined the historical evidence presented at trial, he asked himself the wrong questions and thus made no useful finding of fact on the Sheshaht and Opetchesaht's distinctive aboriginal culture regarding the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. These palpable and overriding errors, which affected the trial judge's assessment of the fact, confer on an appellate court the right to intervene and to substitute its own findings of fact: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377.

64 As well, it is noteworthy that this Court, as a subsequent appellate court in such circumstances, does not have to show any deference to the assessment of the evidence made by lower appellate courts and, therefore, is free to reconsider the evidence and substitute its own findings of fact: see

fondée sur les «droits figés» et axée sur l'existence de pratiques autochtones propres.

Comme je l'ai signalé au départ, la question dans le présent pourvoi est de savoir si le droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. À mon avis, la nature et l'étendue des droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doivent être définies au moyen de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», c'est-à-dire qu'il faut déterminer si une coutume, une pratique ou une tradition autochtone a été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue.

En conséquence, lorsque le juge du procès a examiné la preuve historique présentée, il s'est posé les mauvaises questions et il n'en a ainsi tiré aucune conclusion de fait utile sur la culture autochtone distinctive des Sheshaht et des Opetchesaht en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé son appréciation des faits, confèrent à une cour d'appel le droit d'intervenir et de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge du procès: voir *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377.

En outre, il importe d'indiquer que notre Cour, en tant que juridiction d'appel subséquente dans de telles circonstances, n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la preuve faite par les juridictions d'appel inférieures, et que, par conséquent, elle est libre de réexaminer la preuve et de substituer ses propres conclusions de fait à celles déjà tirées: voir *Schwartz c. Canada*, [1996]

Schwartz v. Canada, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 36-37. This is the task to which I now turn.

Does the evidence reveal that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes have formed an integral part of the Sheshaht and Opetchesaht peoples' distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time?

The Sheshaht and Opetchesaht are Nuu-chah-nulth tribes which occupy the West Coast of Vancouver Island. The Somass River fishery was and still is an integral part of their culture, economy and society. The Sheshaht traditional fishery occurred at all accessible locations in the lower Somass from the estuary to the river forks. Upstream fishing areas beyond this place were for the use of the neighbouring Opetchesaht under an agreement made between the two tribes. Today the Sheshaht and the Opetchesaht share the fishing grounds near the mouth of the river and cooperate in many ways.

The Somass River is a highly productive salmon fishing river known for the quality of the fish it supplies. It has major runs of three pacific salmon species: the sockeye, the chinook and, less importantly, the coho. According to their own account and to the available historic and ethnographic evidence, the Sheshaht and Opetchesaht peoples have continuously utilized the Somass River salmon runs as their major source of winter food production since at least the beginning of the nineteenth century. See the report of Patricia A. Berringer, an anthropologist and archival researcher called by the appellant to give expert opinion evidence with respect to the traditional and modern utilization of the Somass River fishery.

The Sheshaht and Opetchesaht traditionally relied on Somass River salmon for their principal supplies of storage foods. After the catch was smoke dried it was packed and bundled for transport back to the winter villages. Supplies piled

1 R.C.S. 254, aux par. 36 et 37. C'est la tâche à laquelle je vais maintenant m'attaquer.

La preuve révèle-t-elle que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive des Sheshaht et des Opetchesaht pendant une période considérable et ininterrompue?

Les Sheshaht et les Opetchesaht sont des tribus Nuu-chah-nulth qui occupent la côte ouest de l'île de Vancouver. La pêche dans la rivière Somass faisait et fait encore partie intégrante de leur culture, de leur économie et de leur société. Les Sheshaht ont traditionnellement pêché à tous les points accessibles du cours inférieur de la rivière Somass, de l'estuaire au confluent de cette rivière. Les secteurs de pêche en amont de ces points étaient utilisés par les Opetchesaht, conformément à une entente conclue entre les deux tribus. De nos jours, la bande des Sheshaht et celle des Opetchesaht partagent les secteurs de pêche situés près de l'embouchure de la rivière et coopèrent de plusieurs façons.

La rivière Somass est une rivière où foisonne le saumon et qui est renommée pour la qualité du poisson qu'on y pêche. Elle est le lieu d'importantes remontes de trois espèces de saumon du Pacifique: le sockeye, le quinnat et, dans une moindre mesure, le coho. Selon leurs propres dires et la preuve de nature historique et ethnographique disponible, les Sheshaht et les Opetchesaht ont utilisé de façon ininterrompue les remontes de saumon de la rivière Somass comme principale source de provisions pour l'hiver depuis le début du XIX^e siècle au moins. Voir le rapport de Patricia A. Berringer, anthropologue et chercheur en archivistique qui a été assignée par l'appelante pour déposer à titre de témoin expert au sujet de l'utilisation traditionnelle et contemporaine des ressources de la pêcherie dans la rivière Somass.

Les Sheshaht et les Opetchesaht ont compté traditionnellement sur le saumon de la rivière Somass comme principale source d'aliments de stockage. Après avoir été fumés, les saumons étaient tassés en paquets en vue de leur transport vers les vil-

65

66

67

68

high were loaded onto cedar plank platforms supported between large dugout canoes. Sufficient quantities were needed both to meet winter food requirements and to provide dried salmon for the winter feasts and ceremonies. Cured salmon and sea foods were also used for purposes of trade and barter among themselves and with neighbouring tribes.

69

In Sheshaht and Opetchesaht communities, salmon was consumed for sustenance, ceremonial and social purposes. Salmon was also an article of trade which was used to provide for livelihood, support and sustenance. Richard Ian Inglis, an expert in anthropology and curator of the Provincial Museum called by the appellant to give expert opinion evidence on the trade relations of West Coast people, testified that trade in salmon occurred among Sheshaht and Opetchesaht as well as with other native people:

Q. Now, in your observations of the Sheshaht people, and with your knowledge of the traditions of these peoples, can you describe certain situations in which salmon would have been traded or bartered, or sold. Just give the court examples of that.

A. Aboriginally salmon was traded between groups. It was traded to peoples who had territories that did not have salmon rivers. It was given out as a major food-stuff in potlatches to visiting groups. Salmon in the rivers. Native people have a very different system of evaluating salmon, and I have been told a number of times about the salmon from this particular creek, or this particular river, or particular run, being better and better tasting than other types of salmon. And that is — this is repeated over and over again amongst other coastal groups as well. Salmon was sold to the first fur traders that came into the region. It was sold to early settlers, to early store owners. It was sold to traders, starting at least in the 1840s, probably through many of the decades of the 1800s to independent traders coming on the coast and then taking the salmon to Fort Victoria and then transhipped to Hawaii. Salmon was sold to the canneries and formed a major — a major part of the wage

lages d'hiver. Les stocks étaient empilés haut sur des plates-formes de cèdre reposant sur de grandes pirogues monoxyles. Il fallait en emporter des quantités suffisantes pour répondre aux besoins alimentaires pendant l'hiver et pour fournir le saumon séché destiné aux fêtes et cérémonies organisées durant cette période. Le saumon et les fruits de mer séchés étaient aussi utilisés à des fins d'échange entre les membres de la bande eux-mêmes et entre ces derniers et les tribus voisines.

Dans les communautés sheshaht et opetchesaht, le saumon était utilisé à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Il était également une monnaie d'échange utilisée à des fins de subsistance. Richard Ian Inglis, spécialiste de l'anthropologie et conservateur du Provincial Museum qui a été cité par l'appelante afin de déposer à titre d'expert sur les rapports commerciaux des peuples de la côte Ouest, a témoigné que le saumon était utilisé dans le cadre d'échanges au sein des Sheshaht et des Opetchesaht ainsi qu'entre ces bandes et d'autres autochtones:

[TRADUCTION]

Q. Pouvez-vous maintenant, d'après vos observations des Sheshaht et ce que vous savez de leurs traditions, décrire certaines situations où le saumon aurait été échangé ou troqué, ou vendu. Donnez seulement des exemples à la cour.

R. À l'origine, le saumon a fait l'objet d'échanges entre les groupes. Il était échangé aux peuples dont les territoires étaient dépourvus de rivières à saumon. Il était offert aux groupes en visite comme aliment important lors de potlachs. Pour ce qui est du saumon des rivières, les autochtones ont un système très différent pour juger de la valeur du saumon, on m'a souvent dit que le saumon de tel ou tel ruisseau, ou de telle rivière, ou de telle remonte, était supérieur et avait meilleur goût que celui d'autres lieux. Et cela — c'est la même chose qu'on entend très souvent chez d'autres groupes de la côte. On a vendu du saumon aux premiers marchands de pelleteries qui sont venus dans la région. On en a vendu aux premiers colons, aux premiers propriétaires de magasin. On a vendu du saumon aux marchands, à partir au moins des années 1840, probablement durant plusieurs décennies dans les années 1800 aux marchands indépendants qui venaient sur la côte, ramenaient le sau-

earning ability of the Native people. Throughout this period salmon has always been traded, or has always been exchanged between Native groups and given out at ceremonies and served at feasts to visiting groups, and also provided to members of the community who have moved away. That is family, friends. The salmon has been traded with those people, as well, and provided, as a family obligation. [Emphasis added.]

Likewise, Berringer reported that, although there was no formalized market system of trade of salmon in the Sheshaht and Opetchesahst societies, exchanges of fish were part of their distinctive aboriginal culture:

The reciprocal nature of traditional exchange systems mark them as essentially different from "market systems" in which a "surplus" is sold. Typically the Sheshaht and other Nuu-chah-nulth tribes entered into systems of exchange within a regional social network, that is, with local groups related by marriage and other ties of kinship, or with tribes with whom marriage ties are sought. As articles of food and wealth are exchanged, the bonds of social and political relations are strengthened. [Emphasis added.]

Finally, it appears that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance among the Sheshaht and Opetchesahst peoples and with their neighbours remain distinctive aboriginal activities today. The expert witness Richard Ian Inglis testified at trial on the contemporary exchanges of salmon by band members:

Q. Today what trade exists in the community?

A. Salmon is the major food stuff that is obtained from the landscape and is provided to non-members of the community who are not residents in the community. It is exchanged in Native ceremonies, such as

mon à Fort Victoria, puis le transbordait sur des navires à destination d'Hawaii. Le saumon était vendu aux conserveries et représentait un important — un élément important de la capacité des autochtones de gagner leur vie. Pendant toute cette période, le saumon a fait l'objet d'échanges, notamment entre les groupes autochtones, en plus d'être donné lors des cérémonies et servi aux groupes en visite à l'occasion de banquets, on en remettait aussi aux membres de la collectivité qui s'étaient installés ailleurs. C'est-à-dire à des parents, à des amis. Le saumon servait également aux échanges avec ces personnes, et il était fourni à titre d'obligation familiale. [Je souligne.]

Patricia A. Berringer a elle aussi déclaré que, même s'il n'existait pas de système de marché structuré pour le commerce du saumon dans les sociétés sheshaht et opetchesahst, les échanges de poisson faisaient partie de leur culture autochtone distinctive:

[TRADUCTION] La nature réciproque des systèmes d'échange traditionnels témoigne de leur caractère essentiellement différent des «systèmes de marché» dans lesquels tout «excédent» est vendu. Généralement, les Sheshaht et les autres tribus Nuu-chah-nulth participaient à des systèmes d'échange au sein d'un réseau social régional, c'est-à-dire avec des groupes locaux auxquels ils étaient rattachés par des liens matrimoniaux ou par d'autres liens de parenté, ou avec des tribus avec lesquelles ils souhaitaient contracter des mariages. L'échange de denrées alimentaires et d'autres articles de valeur renforce les liens sociaux et politiques. [Je souligne.]

Enfin, il semble que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance entre les Sheshaht et les Opetchesahst et entre ceux-ci et leurs voisins sont encore aujourd'hui des activités autochtones distinctives. Au procès, le témoin expert Richard Ian Inglis a déposé au sujet des échanges de saumon qui sont pratiqués aujourd'hui par les membres des bandes:

[TRADUCTION]

Q. Aujourd'hui, quelles sortes d'échanges sont pratiqués dans la collectivité?

R. Le saumon est la principale denrée alimentaire tirée de la nature et il est fourni à des personnes qui ne font pas partie de la collectivité et qui ne résident pas dans la collectivité. Il est échangé au cours de céré-

potlatches where salmon is presented and given out to other groups as well. [Emphasis added.]

monies, tels que les potlachs, où le saumon est également offert et donné à d'autres groupes. [Je souligne.]

72

The foregoing review of the historical evidence on the record reveals that there was trade of salmon for livelihood, support and sustenance purposes among the Sheshaht and Opetchesaht and with other native people both prior to and after the arrival of Europeans. It appears also, especially from a native perspective, that these activities formed part of their distinctive aboriginal culture. Put another way, the evidence shows that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the Sheshaht and Opetchesaht bands. Consequently, the criterion regarding the characteristics of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is met in this case.

Il ressort de cet examen de la preuve historique au dossier que le saumon était échangé à des fins de subsistance au sein des Sheshaht et des Opetchesaht et entre ces bandes et d'autres peuples autochtones, et ce tant avant qu'après l'arrivée des Européens. Il semble aussi, en particulier du point de vue des autochtones, que ces activités faisaient partie de leur culture autochtone distinctive. Autrement dit, la preuve montre que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance avaient un caractère suffisamment important et fondamental pour l'organisation sociale et la culture des Sheshaht et des Opetchesaht. En conséquence, le critère concernant les caractéristiques des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est satisfait en l'espèce.

73

As well, the evidence shows that the Sheshaht and Opetchesaht peoples have sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes for a substantial continuous period of time. In that regard, 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. 177). Here, both Inglis and Berringer testified at trial that trade and exchange of salmon existed in Sheshaht and Opetchesaht communities long before the first settlers came to British Columbia. Further, no doubt trading activities have changed, evolved and modernized over the past decades and that selling chinook salmon to a food processing corporation is far from the traditional exchanges of salmon among natives. However, since aboriginal rights are not "frozen" in time and that the aboriginal practices, traditions and customs in question have existed for centuries, the time requirement for the recognition of an aboriginal right under s. 35(1) is also met.

De plus, la preuve démontre que les Sheshaht et Opetchesaht ont vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance pendant une période considérable et ininterrompue. À cet égard, il nous faut tenir compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture particulière de la société autochtone visée et, enfin, de la période de référence de 20 à 50 ans (voir *Van der Peet*, précité, au par. 177). En l'espèce, Richard Ian Inglis et Patricia A. Berringer ont tous deux témoigné au procès que le saumon a fait l'objet d'échanges dans les collectivités sheshaht et opetchesaht longtemps avant l'arrivée des premiers colons en Colombie-Britannique. En outre, il ne fait aucun doute que ces activités ont changé, ont évolué et se sont modernisées au cours des dernières décennies, et que la vente de saumon quinquat à une entreprise de transformation alimentaire est une activité bien différente des échanges traditionnels de saumon entre autochtones. Toutefois, comme les droits ancestraux ne sont pas «figés» dans le temps et que les coutumes, pratiques et traditions en question existent depuis des siècles, l'exigence de durée applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral en vertu du par. 35(1) est également satisfaite.

As a result, I am of the view that the Sheshaht and Opetchesahht peoples, from whom the appellant purchased the fish, possess an aboriginal right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes, which is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The next step in assessing and defining an existing aboriginal right is the question of extinguishment, to which I now turn.

III. Extinguishment

In *Sparrow, supra*, the Crown's main argument was that the Musqueam Band's aboriginal right to fish had been extinguished by regulations enacted pursuant to the *Fisheries Act*. This Court explained that the regulation of an aboriginal activity must not be confused with its extinguishment. In accordance with a well-established line of cases on aboriginal matters (see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; and *Horseman, supra*), Dickson C.J. and La Forest J. set the hurdle to extinguish aboriginal rights quite high (at p. 1099):

The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right. [Emphasis added.]

In that case, the Court concluded that the Crown failed to discharge its burden because the *Fisheries Act* and its regulations did not demonstrate a clear and plain intention to extinguish the Musqueam's aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes.

In the instant case, the respondent argues that the test is met when the aboriginal right and the activities contemplated by the legislation cannot co-exist. It is suggested that the American standard adopted in *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941), at p. 347, where the United States Supreme Court held that extin-

En conséquence, je suis d'avis que les Sheshaht et les Opetchesahht, auprès de qui l'appelante a acheté le poisson, possèdent un droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, droit qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'étape suivante dans l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant est la question de l'extinction, que je vais maintenant aborder.

III. Extinction

Dans *Sparrow*, précité, le principal argument du ministère public était que le droit de pêche ancestral de la bande des Musqueams avait été éteint par des règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Notre Cour a expliqué qu'il ne faut pas confondre la réglementation d'une activité autochtone et son extinction. Conformément à un courant jurisprudentiel bien établi en ce qui a trait aux questions autochtones (voir les arrêts *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; et *Horseman*, précité), le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont fixé un critère très exigeant en matière d'extinction des droits ancestraux (à la p. 1099):

Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse. [Je souligne.]

Dans cette affaire, notre Cour a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait, car la *Loi sur les pêcheries* et son règlement d'application ne faisaient état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

En l'espèce, l'intimée soutient que le critère est satisfait dans les cas où le droit ancestral et les activités visées par la législation ne peuvent pas coexister. Elle prétend que dans l'application, au Canada, du critère de «l'intention claire et expresse» il faut s'inspirer de la norme américaine adoptée dans l'arrêt *United States c. Santa Fe*

74

75

76

guishment occurred "by the exercise of complete dominion adverse to the right of occupancy", should inform the "clear and plain intention" test in Canada.

77 The respondent refers to the legislative history of the statutes and regulations applicable to the fishery in British Columbia and submits that the government intended thereby to extinguish aboriginal rights to sell, trade or barter fish. Contrary to the situation in *Sparrow, supra*, it is argued that the regulations in this case are part of a scheme which has for many years prohibited the sale, trade and barter of fish except by those to whom a licence has been issued for that purpose. Put another way, the respondent submits that it has been the intention of the government to allow no trade in salmon with the exception of those persons, both aboriginal and non-aboriginal, who have been duly authorized.

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.

79 Here, the legislation relied upon by the respondent is insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter for livelihood, support and sustenance purposes. The statutes and regulations do not address aboriginal fishing in any way that demonstrates an intention to abolish aboriginal interest in the fishery. In fact, the legislation referred to does not differ in any significant manner from the legislation which was before this Court in *Sparrow, supra*. The regulations have required those who want to sell, trade and barter

Pacific Railroad Co., 314 U.S. 339 (1941), à la p. 347, où la Cour suprême des États-Unis a décidé que l'extinction s'opérait [TRADUCTION] «par l'exercice d'une suprématie complète, incompatible avec l'existence d'un droit d'occupation».

L'intimée renvoie à l'historique de la législation et de la réglementation applicables à la pêche en Colombie-Britannique et soutient que le gouvernement entendait, par ces textes, éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson. L'intimée prétend que, contrairement à la situation dans *Sparrow*, précité, les dispositions réglementaires en litige dans le présent cas font partie d'un régime qui, depuis bon nombre d'années, interdit à quiconque de vendre et d'échanger du poisson, sauf aux titulaires de permis délivrés à cette fin. Autrement dit, l'intimée affirme que l'intention du gouvernement est d'interdire l'exercice de ces activités en ce qui concerne le saumon, sauf par les personnes — autochtones et non autochtones — dûment autorisées.

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 l'encontre 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.

En l'espèce, les mesures législatives invoquées par l'intimée sont insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les lois et les règlements ne visent pas la pêche autochtone d'une manière qui démontre l'intention d'abolir l'intérêt des autochtones en ce qui concerne la pêche. De fait, ces mesures législatives ne diffèrent sous aucun aspect important de celles que devait examiner notre Cour dans *Sparrow*, précité. Les mesures réglementaires obligent ceux qui veulent vendre et

fish to obtain a licence issued by the Department of Fisheries and Oceans and they have also regulated the times, places, manners and quantities of fish that can be taken for these purposes. This is not extinguishment; it is the regulation of aboriginal activities.

As a consequence, I conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples' right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes and, further, that this is an existing aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* as it was not extinguished by a clear and plain intention of the Sovereign.

IV. Disposition

In the result, I would allow the appeal on the question of whether the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an existing aboriginal right to fish which includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes. The issues of *prima facie* infringement and justification must be remitted to trial since there is insufficient evidence to enable this Court to decide upon them. Consequently, the constitutional questions can only be answered partially:

Question 1: Is s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248*, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in

échanger du poisson à obtenir un permis délivré par le ministère des Pêches et des Océans, en plus de fixer les dates, lieux, méthodes de pêche et quantités de poisson qui peuvent être prises pour les fins prévues. Il ne s'agit pas là d'un cas d'extinction, mais plutôt de réglementation d'activités autochtones.

En conséquence, je conclus que le droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance, et, en outre, qu'il s'agit d'un droit ancestral existant visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car il n'a pas été éteint par une intention claire et expresse de Sa Majesté.

IV. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce qui est de la question de savoir si les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent un droit de pêche ancestral existant qui inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification doivent être renvoyées à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celles-ci. En conséquence, il est uniquement possible de répondre en partie aux questions constitutionnelles:

Question 1: Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248*, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question de savoir si le par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la pré-

80

81

the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

Question 2: Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: The aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant, are recognized and the question of whether s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, will depend on the issues of *prima facie* infringement and justification as determined in a new trial.

82 There will be no costs to either party.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

Introduction

83 This is an appeal from a conviction of N.T.C. Smokehouse Ltd., a corporation which operates a fish processing plant in British Columbia. The appellant was convicted on the charge of selling fish without a commercial fishing licence contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and of selling fish caught pursuant to an Indian food fish permit, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery*

sente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées, au cours d'un nouveau procès, les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Question 2: Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

Réponse: Les droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelante sont reconnus, et la réponse à la question de savoir si le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dépendra de la façon dont seront tranchées, au cours d'un nouveau procès, les questions de l'atteinte *prima facie* et de la justification.

Le tout sans frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

Introduction

Il s'agit d'un pourvoi contre la déclaration de culpabilité prononcée à l'endroit de N.T.C. Smokehouse Ltd., société qui exploite une usine de transformation du poisson en Colombie-Britannique. L'appelante a été déclarée coupable d'avoir vendu du poisson sans détenir un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir vendu du

(General) Regulations. The appellant raises the defence that the fish in question were purchased from members of the Sheshaht and Opetchesaht bands, who possess an aboriginal right to sell fish caught from the Somass River.

The sole question to be decided by this appeal is whether these Regulations, as they apply in the circumstances of this case, violate the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to sell fish caught in the Somass River contrary to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. If so, the Regulations are invalid to the extent of the conflict, as per s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

This case was heard with *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, released contemporaneously. In *Van der Peet*, *supra*, I have set out the approach to the interpretation of aboriginal rights in this context in some detail. This decision summarizes that approach and applies the principles set out in *Van der Peet*.

The questions posed in this appeal are as follows:

1. Do the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* which entitles them to sell fish?
 - (a) Has a *prima facie* right been established?
 - (b) If so, has it been extinguished?
2. If the right is established, do the government regulations prohibiting sale infringe the right?
3. If the regulations infringe the right, are they justified?

poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, en contravention du par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. L'appelante invoque comme moyen de défense le fait que le poisson en question a été acheté à des membres de la bande des Sheshaht et de la bande des Opetchesaht, qui possèdent un droit ancestral de vendre du poisson pêché dans la rivière Somass.

La seule question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans leur application aux circonstances de l'espèce, les dispositions du Règlement violent le droit ancestral, reconnu aux Sheshaht et aux Opetchesaht par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de vendre du poisson pris dans la rivière Somass. Si oui, elles sont, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, inopérantes dans la mesure de l'incompatibilité.

Le présent pourvoi a été entendu avec les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, qui sont rendus à la même date. Dans *Van der Peet*, précité, j'ai énoncé la méthode à suivre pour interpréter les droits ancestraux dans le présent contexte. Les présents motifs résument cette méthode et appliquent les principes énoncés dans *Van der Peet*.

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

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

84

85

86

87

My conclusions in this appeal may be summarized as follows. Following the approach that I set out to determine the scope of an aboriginal right in *Van der Peet*, the Sheshaht and Opetchesaht peoples possess an aboriginal right to sell fish for the purpose of obtaining sustenance from the fishery at the Somass River. That right was not extinguished prior to 1982, and is therefore confirmed by the *Constitution Act, 1982*. The right is limited by the Sheshaht and Opetchesaht peoples' traditional reliance on the resource, and by the power of the Crown to limit or prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continual use. The Regulations at issue in this case infringe the Sheshaht and Opetchesaht peoples' exercise of this right, and that infringement has not been demonstrated to be justified. The conviction should accordingly be set aside.

1(a) Has the Right of the Sheshaht and Opetchesaht Peoples to Trade Fish for Sustenance Purposes Been Established?

88

The question of whether there is an aboriginal right to trade fish for sustenance was addressed in *Van der Peet*. I there held that the question to be posed is whether the current use of the fishery satisfies needs of the aboriginal people that were traditionally met by the fishery. The aboriginal right to sell fish is limited to equivalence with what the aboriginal people in question historically took from the fishery according to aboriginal law and custom.

89

In this case, the essential facts were not in dispute; the parties disputed only the characterization of the evidence that was led at trial. Even in the version of facts put forth by the Crown, there is ample evidence from which to conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples made their living off the Somass River.

90

The trial judge found that the Sheshaht have been in the area of the Somass River for approximately 200 years, and that they moved to the River from the outer islands because of the salmon resource. He found that "[p]rior to the whites arriv-

Mes conclusions dans le présent pourvoi peuvent être résumées ainsi. Suivant la méthode que j'ai énoncée dans *Van der Peet* pour déterminer la portée d'un droit ancestral, les Sheshaht et les Opetchesaht possèdent le droit ancestral de vendre, à des fins de subsistance, le poisson qu'ils pêchent dans la rivière Somass. Ce droit n'a pas été éteint 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 Sheshaht et les Opetchesaht, ainsi que par le pouvoir de l'État d'en limiter ou d'en interdire l'exploitation qui serait incompatible avec son utilisation continue. Les dispositions réglementaires en litige dans le présent pourvoi portent atteinte à l'exercice de ce droit par les Sheshaht et les Opetchesaht, et il n'a pas été démontré que cette atteinte est justifiée. Les déclarations de culpabilité devraient donc être annulées.

1a) Le droit des Sheshaht et des Opetchesaht d'échanger du poisson à des fins de subsistance a-t-il été établi?

La question de savoir s'il existe un droit ancestral d'échanger du poisson à des fins de subsistance a été examinée dans *Van der Peet*. Dans cet arrêt, j'ai affirmé que la question qu'il fallait se poser est de savoir si l'utilisation actuelle de la pêche satisfait les besoins des autochtones traditionnellement comblés par cette ressource. Les autochtones visés ont un droit ancestral de vendre du poisson qui se limite à l'équivalent de ce qu'ils ont tiré historiquement de la pêche conformément aux lois et coutumes autochtones.

En l'espèce, les faits essentiels ne sont pas contestés. Les parties sont en désaccord uniquement sur la caractérisation de la preuve présentée au procès. Même suivant la version des faits avancée par le ministère public, la preuve permet amplement de conclure que les Sheshaht et les Opetchesaht tiraient leur subsistance de la rivière Somass.

Le juge du procès a conclu que les Sheshaht habitent le secteur de la rivière Somass depuis environ 200 ans, et qu'ils ont quitté les îles situées au large pour s'installer dans ce secteur en raison du saumon. Il a jugé que, [TRADUCTION] «[a]vant

ing, the Sheshaht contacted other bands and traded commodities — having potlatches and probably intermarried". Later in his reasons, he stated:

There's no doubt that the Sheshaht Band has the aboriginal rights to catch the fish returning in the area that they do fish. There is some evidence of barter exchange between the different bands and Mr. Inglis is unable to find any record of the selling of fish to the settlers. In 1882, the population of the Band totalled some 176. Its needs were easily accomplished in obtaining sufficient food. There is evidence that other foods were supplied.

The evidence indicates that the Sheshaht and Opetchesaht used their fishery on the Somass River for food, as well as to secure relations with neighbouring tribes and the goods that they needed from those tribes. In other words, the Sheshaht and Opetchesaht made their living from the fishery. It is not necessary to prove that the ways that the Sheshaht and Opetchesaht traditionally made their living are identical to the ways that they use the fishery to make their living today. Such a requirement, as I discussed in *Van der Peet*, would preclude the adaption of aboriginal peoples to the modern era. I conclude that the Sheshaht and Opetchesaht peoples have established an aboriginal right to sustenance from the Somass River.

1(b) Has the Sheshaht and Opetchesaht Right to Fish Commercially for Sustenance Been Extinguished?

The Crown argues that any aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht bands to the Somass fishery has been extinguished on the grounds asserted in *Van der Peet*. For the reasons mere set out, I find that the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to trade fish for sustenance on the Somass River has not been extinguished.

l'arrivée des Blancs, les Sheshaht avaient des contacts avec des membres d'autres bandes avec lesquels ils échangeaient des denrées — ils tenaient des potlatches et contractaient probablement des mariages». Plus loin dans ses motifs, il a affirmé ceci:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que la bande des Sheshaht possède le droit ancestral de prendre le poisson qui remonte dans le secteur où elle pêche. Il y a certains éléments de preuve indiquant que les diverses bandes faisaient du troc, et M. Inglis est incapable de trouver quelque document attestant la vente de poisson aux colons. En 1882, la bande comptait quelque 176 membres. Elle trouvait suffisamment de nourriture pour subvenir facilement à ses besoins alimentaires. La preuve indique que d'autres denrées alimentaires étaient fournies.

La preuve indique que les Sheshaht et les Opetchesaht utilisaient leur pêcherie dans la rivière Somass pour se nourrir, ainsi que pour établir des relations avec les bandes voisines et obtenir d'elles les biens dont ils avaient besoin. En d'autres termes, les Sheshaht et les Opetchesaht tiraient leur subsistance de la pêche. Il n'est pas nécessaire de prouver que la façon dont ils ont traditionnellement utilisé la pêcherie pour en tirer leur subsistance est identique à la façon dont ils s'y prennent aujourd'hui. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, une telle exigence empêcherait les peuples autochtones de s'adapter au monde moderne. Je conclus que les Sheshaht et les Opetchesaht ont établi l'existence d'un droit ancestral de tirer leur subsistance de la rivière Somass.

1b) Le droit des Sheshaht et des Opetchesaht de pêcher commercialement à des fins de subsistance a-t-il été éteint?

S'appuyant sur les arguments avancés dans *Van der Peet*, le ministère public prétend que tout droit de pêche ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht dans la rivière Somass a été éteint. Pour les motifs énoncés dans cet arrêt, je conclus que le droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht d'échanger, à des fins de subsistance, le poisson pris dans la rivière Somass n'a pas été éteint.

2. Does the Current Regulatory Scheme Infringe the Aboriginal Right to Fish Commercially for Sustenance?

93

As discussed in *Van der Peet*, the question is whether the regulatory scheme has the effect of interfering with the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to sell fish to the extent required to provide the sustenance they took from the Somass river by aboriginal law and custom. The inquiry has two stages. The first stage requires the person asserting the right to establish *prima facie* inference with an aboriginal right covering the activity at issue. That established, infringement is established unless the Crown shows that the regulatory scheme as a whole satisfies the right.

94

N.T.C. Smokehouse Ltd. asserts the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht bands to sell fish from the Somass River for sustenance. The evidence, as discussed above, establishes this right. The Regulation under which N.T.C. Smokehouse Ltd. stands charged prohibits the sale. It cannot be asserted that regulatory scheme satisfies the right, since it prohibits any sale of fish for sustenance and makes no provision for satisfaction of the collective right.

95

The transaction at issue was large, involving approximately 119,000 pounds of chinook salmon. The size of the transaction alone, however, does not rebut the *prima facie* infringement. The quantity of fish sold is relevant only in relation to the sustenance needs of the Sheshaht and Opetchesaht peoples. In addition, a further difficulty stems from the collective nature of the aboriginal right. Evidence of commercial fishing by individual members of the Sheshaht and Opetchesaht bands pursuant to ordinary commercial fishing licences obtained on an equal basis with non-aboriginal fishers, does not permit the inference that the group right has been satisfied. This is so even if the scale of fishing by individual band members would be of a quantity that would meet the suste-

2. Le régime de réglementation actuel porte-t-il atteinte au droit ancestral de pêcher commercialement à des fins de subsistance?

Comme il a été vu dans *Van der Peet*, la question est de savoir si le régime de réglementation a pour effet de porter atteinte au droit des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson dans la mesure nécessaire pour s'assurer la subsistance qu'ils tiraient de la rivière Somass en vertu des lois et coutumes autochtones. L'examen de cette question comporte deux étapes. La première exige que la personne qui fait valoir le droit établisse qu'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral visant l'activité en question. Une fois cela fait, l'atteinte a été établie à moins que le ministère public ne montre que le régime de réglementation dans son ensemble respecte le droit.

N.T.C. Smokehouse Ltd. invoque le droit ancestral de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht de vendre, à des fins de subsistance, le poisson pêché dans la rivière Somass. Comme il a été indiqué précédemment, la preuve établit l'existence de ce droit. La disposition réglementaire en vertu de laquelle N.T.C. Smokehouse Ltd. a été accusée interdit la vente. Il est impossible d'affirmer que le régime de réglementation respecte le droit, étant donné qu'il interdit complètement la vente de poisson à des fins de subsistance et qu'il ne contient aucune disposition permettant de respecter le droit collectif.

L'opération en litige était considérable, elle portait sur quelque 119 000 livres de saumon quinnat. Toutefois, l'ampleur de l'opération n'écarte pas à elle seule l'atteinte à première vue. En effet, la quantité de poisson vendue n'est pertinente qu'en rapport avec les besoins des Sheshaht et des Opetchesaht en matière de subsistance. De plus, une autre difficulté découle de la nature collective du droit ancestral. Le fait de prouver que, à titre individuel, des membres de la bande des Sheshaht et de celle des Opetchesaht pratiquent la pêche commerciale en vertu de permis de pêche commerciale ordinaires, obtenus selon les mêmes règles que celles imposées aux pêcheurs non autochtones, ne permet pas de conclure que le droit collectif a été respecté. Il en serait ainsi même si les prises

nance needs of the band. It is for the Crown to show that it has put in place a regulatory scheme that meets the collective right of the Sheshaht and Opetchesaht peoples to trade in fish for sustenance. This it has not done. I conclude the infringement of the aboriginal right is established.

3. Is the Limitation Placed on the Aboriginal Right by the Regulation Justified?

This Court accepted in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, that the government may limit the methods of exercising aboriginal rights in certain circumstances. The inquiry into justification is an inquiry into whether the limitation placed on the exercise of aboriginal rights by the government is within the permissible range of limitations.

To establish that the exercise of an aboriginal right is justified, the Crown must establish both that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" purpose, and that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward the aboriginal peoples. As I wrote in *Van der Peet*, the limitations envisaged by the concept of justification developed in *Sparrow* reflect the nature and purpose of the right, and have as their object its preservation and responsible use.

In the case at bar, as in *Van der Peet*, the Crown has not established that the denial of the aboriginal right to sell fish for sustenance is required for conservation purposes or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. Moreover, the total denial of the right may be seen to conflict with the fiduciary duty of the Crown to permit exercise of a constitutionally guaranteed aboriginal right. It follows that the

des différents membres qui pêchent individuellement atteignaient une quantité satisfaisant aux besoins des bandes en matière de subsistance. Il incombe au ministère public de démontrer que l'État a mis en place un régime de réglementation qui respecte le droit collectif qu'ont les Sheshaht et les Opetchesaht de faire le commerce du poisson à des fins de subsistance. Ce qu'il n'a pas fait. Je conclus qu'on a établi l'existence d'une atteinte au droit ancestral.

3. Les limites imposées au droit ancestral par les dispositions du règlement sont-elles justifiées?

Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, notre Cour a reconnu que l'État peut limiter les méthodes qui peuvent être utilisées pour exercer des droits ancestraux dans certaines circonstances. Dans l'examen de la question de la justification, il faut se demander si la restriction imposée par l'État relativement à l'exercice des droits ancestraux demeure dans des limites admissibles.

Pour établir que la limitation de l'exercice d'un droit ancestral est justifiée, le ministère public doit établir à la fois que la disposition législative ou réglementaire en cause a été adoptée dans la poursuite d'objectifs «impérieux et réels», et que cette disposition est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Comme je l'ai écrit dans *Van der Peet*, les restrictions envisagées par le critère de justification élaboré dans l'arrêt *Sparrow* reflètent la nature et l'objectif du droit en cause, et elles ont pour objet d'assurer sa préservation et son utilisation responsable.

En l'espèce, tout comme dans *Van der Peet*, le ministère public n'a pas établi que la privation du droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance est nécessaire pour des objectifs de conservation ou d'autres objectifs liés à l'exploitation continue et responsable de la ressource. De plus, la privation totale de ce droit peut être considérée comme incompatible avec l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de permettre l'exercice d'un droit ancestral garanti par la Constitution. Il s'en suit que l'atteinte au droit ancestral de vendre du

96

97

98

infringement of the aboriginal right to sell fish for sustenance has not been justified.

Conclusion

99

I would allow the appeal to the extent of confirming the existence in principle of an aboriginal right to sell fish for sustenance purposes. I would set aside the conviction of the appellant and enter an acquittal. The answer to the constitutional questions should be as follows:

1. Section 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as invoked by the appellant.
2. Section 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in September of 1986, is of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as invoked by the appellant.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Solicitors for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian National Railway Company: Ladner, Downs, Vancouver.

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

poisson à des fins de subsistance n'a pas été justifiée.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'existence, en principe, d'un droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance. J'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelante et inscrirais un acquittement. Les réponses suivantes devraient être données aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.
2. Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en septembre 1986, est, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante: Rosenberg & Rosenberg, 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.

Procureurs de l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the 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.

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.