

Wayne Clarence Badger *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Leroy Steven Kiyawasew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Ernest Clarence Ominayak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Federation of Saskatchewan Indian Nations, the Lesser Slave Lake Indian Regional Council, the Treaty 7 Tribal Council, the Confederacy of Treaty Six First Nations, the Assembly of First Nations and the Assembly of Manitoba Chiefs *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BADGER

File No.: 23603.

1995: May 1, 2; 1996: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Indians — Treaty rights — Hunting on privately owned land in tract ceded by treaty — Violations of Wildlife Act — Whether status Indians have right to hunt

Wayne Clarence Badger *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Leroy Steven Kiyawasew *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Ernest Clarence Ominayak *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, la Federation of Saskatchewan Indian Nations, le Lesser Slave Lake Indian Regional Council, le Treaty 7 Tribal Council, la Confederacy of Treaty Six First Nations, l'Assemblée des Premières Nations et l'Assembly of Manitoba Chiefs *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. BADGER

N° du greffe: 23603.

1995: 1^{er} et 2 mai; 1996: 3 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Indiens — Droits issus de traités — Chasse sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité — Violations de la Wildlife Act — Les

for food on privately owned land lying within tract ceded by treaty — Whether hunting rights extinguished or modified by Natural Resources Transfer Agreement — Whether licensing and game limitations apply to status Indians — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Treaty No. 8 (1899) — Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12 — Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25 — Alta. Reg. 95/87, s. 7.

The appellants were status Indians (under Treaty No. 8) who had been hunting for food on privately owned lands falling within the tracts surrendered by the Treaty. Each was charged with an offence under the *Wildlife Act* (the Act). Their trials and appeals proceeded together. The appellant Badger, who was hunting on scrub land near a run-down but occupied house, was charged with shooting a moose outside the permitted hunting season contrary to s. 27(1) of the Act. The appellant Kiyawasew, who had been hunting on a posted, snow-covered field that had been harvested that fall, and the appellant Ominayak, who had been hunting on uncleared muskeg, both had shot moose and were charged, under s. 26(1) of the Act, with hunting without a licence. All were all convicted in the Provincial Court. They unsuccessfully appealed their summary convictions, first to the Court of Queen's Bench and then to the Court of Appeal, challenging the constitutionality of the Act in so far as it might affect them as Crees with status under Treaty No. 8. The constitutional question raised: (1) whether status Indians under Treaty No. 8 have the right to hunt for food on privately owned land which lies within the territory surrendered under that Treaty; (2) whether the hunting rights set out in Treaty No. 8 have been extinguished or modified by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (NRTA)*; and, (3) the extent, if any, ss. 26(1) (requiring a hunting licence) and 27(1) (establishing hunting seasons) of the Act applied to the appellants.

Held: The appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew should be dismissed. The appeal of Ernest Clarence Ominayak should be allowed and a new trial directed so that the issue of the justification of the infringement created by s. 26(1) of the *Wildlife Act* and any regulations passed pursuant to that section may be addressed.

Indiens inscrits ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité? — Les droits de chasse ont-ils été éteints ou modifiés par la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Le régime de délivrance des permis et les restrictions applicables à la chasse au gibier s'appliquent-ils aux Indiens inscrits? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Traité n° 8 (1899) — Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12 — Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25 — Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.

Les appelants sont des Indiens inscrits (aux termes du Traité n° 8) qui chassaient pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes du Traité. Chacun des appelants a été accusé d'une infraction à la *Wildlife Act* (la Loi). Ils ont été jugés ensemble, tant en première instance qu'en appel. L'appelant Badger, qui chassait dans des taillis près d'une maison délabrée mais occupée, a été accusé d'avoir, contrairement au par. 27(1) de la Loi, abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. L'appelant Kiyawasew, qui chassait dans un champ couvert de neige où se trouvaient des écrieaux et où on avait fait la récolte à l'automne, ainsi que l'appelant Ominayak, qui chassait dans une savane non déboisée, ont eux aussi abattu des orignaux, et ils ont été accusés, en vertu du par. 26(1) de la Loi, d'avoir chassé sans permis. Ils ont tous été déclarés coupables en Cour provinciale. Ils ont sans succès interjeté appel de leur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'abord à la Cour du Banc de la Reine puis à la Cour d'appel, contestant la constitutionnalité de la Loi dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à leurs droits en tant que Cris visés par le Traité n° 8. La question constitutionnelle comporte trois volets: (1) Les Indiens inscrits aux termes du Traité n° 8 ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes de ce traité? (2) Les droits de chasse énoncés dans le Traité n° 8 ont-ils été éteints ou modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (la Convention)*? (3) Dans quelle mesure, le cas échéant, les par. 26(1) (obligation de détenir un permis de chasse) et 27(1) (établissement des saisons de chasse) de la Loi s'appliquaient-ils aux appelants?

Arrêt: Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés. Le pourvoi d'Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné afin que soit examinée la question de la justification de l'atteinte créée par le par. 26(1) de la *Wildlife Act* et les règlements pris en application de cette disposition.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Treaty No. 8 guaranteed the Indians the "right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing" subject to two limitations, a geographic limitation and the right of government to make regulations for conservation purposes.

Certain principles apply in interpreting a treaty. First, a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. Second, the honour of the Crown is always at stake; the Crown must be assumed to intend to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. Third, any ambiguities or doubtful expressions must be resolved in favour of the Indians and any limitations restricting the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. Finally, the onus of establishing strict proof of extinguishment of a treaty or aboriginal right lies upon the Crown.

The *NRTA* did not extinguish and replace the Treaty No. 8 right to hunt for food. Paragraph 12 of the *NRTA* clearly intended to extinguish the treaty protection of the right to hunt commercially but the right to hunt for food continued to be protected and, indeed, was expanded. Treaty rights, absent direct conflict with the *NRTA*, were not modified. The Treaty right to hunt for food accordingly continues in force and effect.

Three preliminary observations were made regarding the *NRTA*. First, the "right of access" in the *NRTA* does not refer to a general right of access but, rather, is limited to a right of access for the purposes of hunting. Second, the extent of the treaty right to hunt on privately owned land may well differ from one treaty to another, given differences in wording. Finally, the applicable interpretative principles must be applied. The words must be interpreted as they would naturally have been understood by the Indians at the time of signing.

The geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the Act itself. It is neither unduly vague nor unworkable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le Traité n° 8 garantissait aux Indiens le «droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche», sous réserve de deux restrictions: l'application d'une limitation territoriale et le droit pour le gouvernement de prendre des règlements en matière de conservation.

Certains principes régissent l'interprétation d'un traité. Premièrement, un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées. Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu; il faut présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée. Troisièmement, toute ambiguïté doit profiter aux Indiens et toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Finalement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint.

La *Convention* n'a pas éteint et remplacé le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8. Le paragraphe 12 de la *Convention* démontrait l'existence d'une intention claire d'éteindre la protection par le traité du droit de faire la chasse commerciale. Toutefois, le droit de chasser pour se nourrir a continué d'être protégé et, de fait, a été élargi. En l'absence de conflit direct avec la *Convention*, les droits issus de traités n'ont pas été modifiés. Le droit de chasser pour se nourrir — issu du Traité — continue d'être en vigueur et de produire ses effets.

Trois remarques préliminaires ont été faites relativement à la *Convention*. Premièrement, le «droit d'accès» prévu par la *Convention* n'est pas un droit d'accès général, mais plutôt un droit d'accès limité pour chasser. Deuxièmement, étant donné que les traités sont libellés de façon différente, la portée du droit issu de traité de chasser sur des terres privées peut très bien varier d'un traité à l'autre. Enfin, les principes d'interprétation applicables doivent être suivis. Il faut donner au texte le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature.

La limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s'appuyer sur le critère de l'utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes

Land use must be considered on a case-by-case basis, however, because the approach focuses upon the use being made of the land.

The appeals of Messrs. Badger and Kiyawasew must be dismissed. The land was being visibly used. Since they did not have a right of access to these particular tracts of land, their treaty right to hunt for food did not extend there. The limitations on hunting set out in the Act accordingly did not infringe upon their existing right and were properly applied. The geographical limitations upon the Treaty right to hunt for food did not affect Mr. Ominayak who was hunting on land not being put to any visible use.

The Indians would have understood that, by the terms of the Treaty, the government would be permitted to pass regulations with respect to conservation given the existence of conservation laws existing prior to signing the Treaty. The provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* (which transferred regulatory authority for conservation purposes to the provincial authorities) did not extend beyond the realm of conservation. The constitutional provisions of s. 12 of *NRTA* authorizing provincial regulations made it unnecessary to consider s. 88 of the *Indian Act* which provided that provincial laws of general application applied to Indians provided that those laws were not in conflict with aboriginal or treaty rights.

The public safety regulations, which formed the first step of a two-step licensing scheme, did not infringe any aboriginal or treaty rights. These regulations required all hunters to take gun safety courses and pass hunting competency tests and accordingly protected all hunters, including Indians. Reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food.

The second step of the licensing scheme, the conservation component, constituted a *prima facie* infringement. Under the Treaty, no limitation as to method, timing and extent of Indian hunting can be imposed. The present licensing scheme, however, imposes conditions on the face of the licence as to hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area. These limitations are in direct conflict

de la Loi. Elle n'est ni excessivement vague, ni inapplicable. Toutefois, comme cette solution met l'accent sur l'utilisation qui est faite des terres en cause, l'examen de cette question doit se faire au cas par cas.

Les pourvois de MM. Badger et de Kiyawasew doivent être rejetés. Les terres étaient visiblement utilisées. Comme les appelants n'avaient pas de droit d'accès à ces terres, leur droit — issu du traité — de chasser pour se nourrir ne s'étendait pas à ces terres. En conséquence, les limites applicables au droit de chasse énoncées dans la Loi ne portent pas atteinte au droit existant de ces deux appelants, et elles leur ont à juste titre été appliquées. La limitation territoriale du droit — issu du Traité — de chasser pour se nourrir ne visait pas M. Ominayak, qui chassait sur des terres ne faisant pas l'objet d'une utilisation visible.

Les Indiens auraient compris que, suivant les termes du Traité, le gouvernement pourrait prendre des règlements relatifs à la conservation, étant donné que ces textes de loi existaient avant la signature du Traité. Le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention* (qui a transféré le pouvoir de réglementation en matière de conservation aux autorités provinciales), le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. Les dispositions constitutionnelles du par. 12 de la *Convention* autorisant l'application des règlements provinciaux font en sorte qu'il est inutile d'examiner l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait que les Indiens étaient assujettis aux lois provinciales d'application générale, sauf si ces lois entraient en conflit avec des droits ancestraux ou issus de traités.

Les règlements relatifs à la sécurité du public, qui forment le premier des deux volets du régime de délivrance de permis, ne portent pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Ces règlements obligent tous les chasseurs à suivre des cours de sécurité dans le manie- ment des armes à feu et à réussir des tests d'aptitude à chasser. En conséquence, ils protègent la sécurité de tous les chasseurs, y compris des Indiens. Un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir.

Le second aspect du régime de délivrance des permis, le volet touchant la conservation, crée une atteinte *prima facie*. Aux termes du Traité, on ne peut limiter l'ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens, ni les méthodes qu'ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s'y adonnent. Or, le régime actuel de délivrance de permis impose des restrictions, lesquelles sont inscrites sur le permis, relativement aux

with the treaty right. Moreover, no provisions currently exist for "hunting for food" licences.

Any infringement of the rights guaranteed under the Treaty or the *NRTA* must be justified using the *Sparrow* test. This analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing the justifiability of conservation regulations and enactments. It must first be asked if there was a valid legislative objective, and if so, the analysis proceeds to a consideration of the special trust relationship and the responsibility of the government *vis-à-vis* the aboriginal people. Further questions might deal with whether the infringement was as little as was necessary to effect the objective, whether compensation was fair, and whether the aboriginal group was consulted with respect to the conservation measures.

The government led no evidence with respect to justification. The Court could not find justification in the absence of such evidence.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The treaty rights were restated, merged and consolidated in the *NRTA* and so their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument. The sole source for a claim involving the right to hunt for food is, therefore, the *NRTA*. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA* but it has no other legal significance.

Two key interpretative principles apply to treaties. First, any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians. Second, treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These interpretative principles apply equally to the rights protected by the *NRTA*.

The rights of Indians pursuant to either the Treaty or the *NRTA* would, at the time either was agreed to, be understood to be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* are not constitutional rights of an absolute nature precluding any governmental regulation.

méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée. Ces restrictions sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité. Qui plus est, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition concernant la délivrance de permis de «chasse pour se nourrir».

Toute atteinte aux droits garantis par le Traité ou la *Convention* doit être justifiée à l'aide du critère énoncé dans *Sparrow*. Cette analyse constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier; dans l'affirmative, on passe à l'examen des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. D'autres questions peuvent également se poser, savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation était prévue et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation.

Le gouvernement n'a pas présenté de preuve relative à la justification. En l'absence d'une telle preuve, la Cour ne pouvait conclure à l'existence d'une justification.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: La *Convention* a réitéré, unifié et codifié les droits prévus au Traité, et leur maintien a donc été assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel. L'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir est par conséquent la *Convention*. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Deux principes d'interprétation clés s'appliquent aux traités. Premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens. Deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Ces principes d'interprétation s'appliquent également aux droits protégés par la *Convention*.

Au moment de la conclusion du Traité et de la *Convention*, il aurait été entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne sont pas des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* should not be the standard against which governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, should be assessed. Section 35(1) cannot provide constitutional protection to rights already constitutionally protected; nor does it apply to another constitutional provision.

In the absence of a mechanism in the *NRTA*, the Court must develop a test through which the province's right to legislate with respect to conservation can be balanced against the Indians' right to hunt for food. The *Sparrow* test, developed in the context of s. 35(1), protects aboriginal rights while also permitting governments to legislate for legitimate purposes where the legislation is a justifiable infringement on those protected rights. This test applies equally well to the regulatory authority granted to the provinces under para. 12 of the *NRTA*. In applying the *Sparrow* criteria here, it is important to bear in mind that what is being justified is the exercise of a power granted to the provinces which is made subject to the right to hunt for food.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **referred to:** *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, aff'd [1964] S.C.R. 642; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505;

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne devrait pas être la norme appliquée pour apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficieraient les droits des appelants au regard de cette réglementation. Le paragraphe 35(1) ne peut accorder la protection de la Constitution à des droits qui en jouissent déjà, ni s'appliquer à d'autres dispositions constitutionnelles.

Vu l'absence de mécanisme à cette fin dans la *Convention*, la Cour doit élaborer un critère permettant de mettre en équilibre le droit de la province de légiférer en matière de conservation et le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Le critère énoncé dans *Sparrow*, qui a été élaboré dans le contexte du par. 35(1), protège les droits ancestraux, tout en permettant aux gouvernements de légiférer à des fins légitimes, dans la mesure où la loi est une atteinte justifiable aux droits protégés. Ce critère s'applique également au pouvoir de réglementation accordé aux provinces par le par. 12 de la *Convention*. En appliquant les critères énoncés dans *Sparrow* en l'espèce, il est important de garder à l'esprit que ce que l'on justifie, c'est l'exercice d'un pouvoir conféré aux provinces, pouvoir qui est assujéti au droit de chasser pour se nourrir.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **arrêts mentionnés:** *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. c. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, conf. par [1964] R.C.S. 642; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Agawa*

R. v. Napoleon, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. v. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **followed:** *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; **referred to:** *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25.
Alta. Reg. 95/87, s. 7.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, s. 93.
Constitution Act, 1930, s. 1.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12.
Treaty No. 8, made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc. Reprinted from the 1899 edition by Roger Duhamel, Queen's Printer and Controller of Stationery, 1966.
Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1, ss. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

Authors Cited

Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight". In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1979.
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

(1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. c. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêt suivi:** *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.
Loi constitutionnelle de 1930, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25.
Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.
Traité n° 8, conclu le 21 juin 1899, et adhésions, rapports et autres documents annexés. Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1981.
Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1, art. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

Doctrine citée

Daniel, Richard. «The Spirit and Terms of Treaty Eight». In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montréal: Institut de recherches en politiques publiques, 1979.
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

[1993] 3 C.N.L.R. 143, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench affirming the appellants' convictions for offences under the *Wildlife Act*. Appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew dismissed; appeal of Ernest Clarence Ominayak allowed and a new trial directed.

Leonard Mandamin and Alan D. Hunter, Q.C., for the appellants.

Robert J. Normey and Margaret Unsworth, for the respondent.

I. G. Whitehall, Q.C., and *R. Stevenson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth J. Tyler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme and Gerry Morin, for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Priscilla Kennedy, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Gerard M. Meagher, Q.C., and *Eugene J. Creighton*, for the intervener the Treaty 7 Tribal Council.

Edward H. Molstad, Q.C., *James A. O'Reilly* and *Wilton Littlechild*, for the intervener the Confederacy of Treaty Six First Nations.

Peter K. Doody and *John E. S. Briggs*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. — I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by

[1993] 3 C.N.L.R. 143, confirmant le jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants pour des infractions à la *Wildlife Act*. Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés; le pourvoi de Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Leonard Mandamin et Alan D. Hunter, c.r., pour les appelants.

Robert J. Normey et Margaret Unsworth, pour l'intimée.

I. G. Whitehall, c.r., et *R. Stevenson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth J. Tyler, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme et Gerry Morin, pour l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Priscilla Kennedy, pour l'intervenant le Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Gerard M. Meagher, c.r., et *Eugene J. Creighton*, pour l'intervenant le Treaty 7 Tribal Council.

Edward H. Molstad, c.r., *James A. O'Reilly* et *Wilton Littlechild*, pour l'intervenante la Confederacy of Treaty Six First Nations.

Peter K. Doody et *John E. S. Briggs*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assembly of Manitoba Chiefs.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'a rédigés mon collègue

my colleague, Justice Cory, and I am in agreement with his disposition of the appeal and with his reasons with the exception of his exposition of the relationship between Treaty No. 8, the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2) (NRTA)*, and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the rights of Indians to hunt for food provided in Treaty No. 8 were merged in the *NRTA* which is the sole source of those rights. While I agree that the impugned provision of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, infringes the constitutional right of Indians to hunt for food, I disagree that this constitutional right is one covered by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree, however, that the constitutional right to hunt for food must be balanced against the right of the province to pass laws for the purpose of conservation and that this balancing may be carried out on the basis of the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

There is no disagreement that the *NRTA*:

- (a) duplicated the right of Indians to hunt for food which was contained in Treaty No. 8;
- (b) widely extended the geographical area to include the whole of the province rather than being limited to the tract of land surrendered;
- (c) shifted responsibility for passing game laws from the federal government to the provinces;
- (d) eliminated the right to hunt for commercial purposes;
- (e) is a constitutional document and the Treaty is not, although the Treaty receives constitutional protection by virtue of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In these circumstances, I am of the view that it was clearly the intention of the framers to merge the rights in the Treaty in the *NRTA*. To characterize the *NRTA* as modifying the Treaty is to treat it as an amending document to the Treaty. This

le juge Cory en l'espèce, et je souscris à sa décision et à ses motifs, sauf en ce qui concerne l'exposé qu'il fait des rapports entre le Traité n° 8, la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2) (la Convention)* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, les droits des Indiens de chasser pour se nourrir que prévoit le Traité n° 8 ont été unifiés dans la *Convention*, qui est l'unique source des droits en question. Même si je conviens que la disposition contestée de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, porte atteinte au droit constitutionnel des Indiens de chasser pour se nourrir, je ne suis pas d'accord pour affirmer que ce droit est visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je reconnais, d'une part, qu'il faut rechercher l'équilibre entre le droit constitutionnel de chasser pour se nourrir et le droit de la province d'édicter des lois en matière de conservation, et, d'autre part, que cet équilibre peut être établi sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Tous s'entendent sur les points suivants en ce qui concerne la *Convention*:

- a) elle a repris le droit des Indiens de chasser pour se nourrir qui figurait dans le Traité n° 8;
- b) elle a considérablement élargi le territoire visé, qui comprend maintenant toute la province plutôt que la seule zone cédée;
- c) elle a transféré aux provinces la responsabilité d'adopter des lois relatives au gibier, qui incombait jusque-là au gouvernement fédéral;
- d) elle a éliminé le droit de chasser à des fins commerciales;
- e) elle est un document constitutionnel, contrairement au Traité, bien que celui-ci jouisse de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans ces circonstances, je suis d'avis que les rédacteurs avaient clairement l'intention d'unifier dans la *Convention* les droits prévus par le Traité. Dire de la *Convention* qu'elle change le Traité revient à la considérer comme un document por-

clearly was not the intent of the *NRTA*. In enlarging the area in which hunting for food was permitted to extend to the whole of the province, it could not be suggested that the *NRTA* extended the Treaty to all of the province. Rather, the right to hunt for food was extended by the *NRTA* to the whole of the province, including the area covered by the Treaty. An Indian hunting on land outside the Treaty lands could not claim to be covered by the Treaty. If the *NRTA* merely modified the Treaty, an Indian hunting on Treaty lands could claim the right under the Treaty while an Indian hunting in other parts of the province could claim only under the *NRTA*. This would invite bifurcation of the rights of Indians hunting for food in the province.

5

Similarly, the provisions which transferred to the province the power to pass gaming laws for the purpose of conservation could not have been intended simply to amend the Treaty. As an amendment to the Treaty, this provision would have no constitutional force and could not alter the constitutionally entrenched division of powers. It might be suggested that the *NRTA* both amended the Treaty and, as an independent constitutional document, amended the Constitution. If this were the intent, it is difficult to understand why all the terms of the Treaty relating to the right to hunt for food were replicated in *NRTA*. It must have been the intention to merge these rights in the *NRTA* so that they could be balanced with the power of the provinces to legislate for conservation purposes. In order to achieve a reasonable balance between them, it was important that they both appear in one document having constitutional status.

6

I can suggest no reason why the framers of the *NRTA* would have wanted to maintain any aspects of the Treaty except as an interpretative tool. They surely did not do so in order to allow these rights to be recognized under s. 35(1) of the *Constitution*

tant modification du Traité. Ce n'était certainement pas là l'objet de la *Convention*. Il est impossible d'affirmer que, en élargissant à l'ensemble de la province le territoire où il était permis de chasser pour se nourrir, la *Convention* a étendu la portée du Traité à toute la province. C'est plutôt le droit de chasser pour se nourrir qui a été élargi par la *Convention* à l'ensemble de la province, y compris le territoire visé par le Traité. L'Indien qui chasse à l'extérieur des terres visées par le Traité ne pourrait se réclamer du Traité. Si la *Convention* avait simplement modifié le Traité, l'Indien chassant sur des terres visées par celui-ci pourrait invoquer le droit prévu par le Traité alors que l'Indien chassant dans d'autres parties de la province ne pourrait qu'invoquer la *Convention*. Cela pourrait entraîner un dédoublement des droits des Indiens qui chassent pour se nourrir dans la province.

De même, la disposition qui a transféré à la province le pouvoir d'édicter, à des fins de conservation, des lois relatives au gibier ne pouvait avoir uniquement pour objet de modifier le Traité. En tant que modification du Traité, cette disposition n'aurait aucune valeur constitutionnelle et ne pourrait pas changer le partage des pouvoirs inscrit dans la Constitution. D'aucuns pourraient prétendre que la *Convention* a eu pour effet, d'une part, de modifier le Traité, et, d'autre part, en tant que document constitutionnel indépendant, de modifier également la Constitution. Si c'était là l'objet visé, on s'explique difficilement pourquoi tous les termes du Traité relatifs au droit de chasser pour se nourrir ont été repris dans la *Convention*. Les rédacteurs devaient avoir l'intention d'unifier ces droits dans la *Convention* de façon qu'ils puissent être mis en équilibre avec le pouvoir des provinces de légiférer en matière de conservation. Afin d'établir un juste équilibre entre le droit et le pouvoir en question, il était important qu'ils figurent tous deux dans un document ayant valeur constitutionnelle.

Je ne peux donner aucune raison pour laquelle les rédacteurs de la *Convention* auraient pu vouloir maintenir quelque aspect du Traité, si ce n'est à titre d'outil d'interprétation. Ils ne l'ont sûrement pas fait pour permettre la reconnaissance de ces

Act, 1982 which appears to be the sole present justification for preserving the Treaty. However, even that justification loses any force when considered in light of the fact that the *NRTA* is itself a constitutional document and recognition under s. 35(1) is unnecessary for the protection of these important Indian rights.

From the foregoing, I conclude that it was the intention of the framers of para. 12 of the *NRTA* to effectuate a merger and consolidation of the Treaty rights. This was the view of Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at p. 100:

It would appear that the overall purpose of para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food.

As pointed out, these rights were restated in the *NRTA* and their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument.

If this was the intention, and I conclude that it was, then the proper characterization of the relationship between the *NRTA* and the Treaty rights is that the sole source for a claim involving the right to hunt for food is the *NRTA*. The Treaty rights have been subsumed in a document of a higher order. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA*, but it has no other legal significance.

The fact that the source of the appellants' rights to hunt and fish for sustenance is found within the provisions of the *NRTA* does not alter the analysis that has previously been employed in the interpretation of treaty rights. The key interpretative principles which apply to treaties are first, that any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians and, second, that treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These princi-

droits en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui paraît être actuellement l'unique raison justifiant le maintien du Traité. Or, même cette justification perd toute valeur en regard du fait que la *Convention* est elle-même un document constitutionnel, et que leur reconnaissance en vertu du par. 35(1) est inutile pour protéger ces importants droits des Indiens.

Je conclus de ce qui précède que les rédacteurs du par. 12 de la *Convention* avaient l'intention d'unifier et de codifier les droits prévus au Traité. C'est l'opinion qu'a exprimée le juge Dickson (plus tard juge en chef) pour la Cour dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, à la p. 100:

Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la *Convention* sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance.

Ainsi qu'il a été signalé, ces droits ont été réitérés dans la *Convention*, et leur maintien assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel.

Si telle était l'intention, et je conclus que c'était le cas, alors la bonne façon de décrire les rapports entre les droits issus du Traité et la *Convention* est de dire que cette dernière est l'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir. Les droits issus du Traité ont été subsumés dans un document de rang supérieur. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Le fait que la source des droits des appelants de chasser et de pêcher à des fins de subsistance se trouve dans les dispositions de la *Convention* ne change rien à l'analyse appliquée auparavant pour interpréter les droits issus de traités. Les principes d'interprétation clés applicables aux traités sont de deux ordres: premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens, et, deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples

ples apply equally to the rights protected by the *NRTA*; the principles arise out of the nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples with the result that, whatever the document in which that relationship has been articulated, the principles should apply to the interpretation of that document. I find support for this reasoning in the prior decisions of this Court concerning the interpretation of the *NRTA*. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, for example, this Court specifically stated, at p. 461, that the *NRTA* should be given a “broad and liberal construction”, and, at p. 464, that any ambiguity should be “interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians”. Moreover, this position is compatible with the concept that the *NRTA* constitutes a merger and consolidation of treaty rights, and with the view that it was through the enactment of the *NRTA* that the “federal government attempted to fulfil their treaty obligations” (see *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 293).

Validity of the provisions of the *Wildlife Act*

10 In light of my conclusion that the right of Indian persons to hunt for food is constitutional in nature, the issue remaining for determination is whether the provisions of the *Wildlife Act* under which the appellants were convicted are constitutionally permissible. On the bare wording of para. 12 of the *NRTA*, it appears as though such an issue could never arise. The *NRTA* grants legislative power over “gaming” subject to the Indians’ right to hunt for food, apparently suggesting that the province has no jurisdiction to legislate in relation to those rights. This interpretation arises out of the mandatory language used in para. 12, wherein the legislative power is granted to the province, but qualified by the statement that the power exists “provided, however, that the said Indians shall have the right. . . .”

11 The reasoning in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, informs us that such a formalistic interpretation of the language of the *NRTA* is incorrect. At the time the treaties that preceded the *NRTA* were signed, there was already in place legislation enacted for conservation purposes which

autochtones. Ces principes, qui s’appliquent également aux droits protégés par la *Convention*, découlent de la nature des rapports qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones, de sorte que, quel que soit le document énonçant ces rapports, ces principes devraient servir à son interprétation. Mon raisonnement trouve appui dans les arrêts antérieurs de notre Cour concernant l’interprétation de la *Convention*. Ainsi, dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, notre Cour a expressément déclaré, à la p. 461, qu’il faut donner à la *Convention* une «interprétation large et libérale», et, à la p. 464, qu’il faut interpréter toute ambiguïté «de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens». De plus, cette position est compatible avec le principe que la *Convention* unifie et codifie les droits issus de traités, et avec l’opinion que, par l’adoption de la *Convention*, le «gouvernement fédéral a tenté de s’acquitter de ses obligations découlant des traités» (voir l’arrêt *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 293).

Validité des dispositions de la *Wildlife Act*

Puisque j’ai conclu que le droit des Indiens de chasser pour se nourrir est de nature constitutionnelle, la question qui reste à trancher est de savoir si les dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles les appelants ont été déclarés coupables sont permises par la Constitution. Toutefois, il semble impossible, aux termes mêmes du par. 12 de la *Convention*, qu’une telle question se pose jamais. En effet, la *Convention* confère le pouvoir de faire des lois relatives au gibier, sous réserve du droit des Indiens de chasser pour se nourrir, ce qui tend apparemment à indiquer que la province n’a aucune compétence pour légiférer à l’égard de ce droit. Cette interprétation découle du langage impératif du par. 12 qui, tout en conférant à la province le pouvoir législatif en question, limite cependant ce pouvoir en précisant que: «toutefois, lesdits Indiens auront le droit . . .»

Le raisonnement appliqué dans l’arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, nous indique que pareille interprétation formaliste du libellé de la *Convention* est incorrecte. À l’époque où les traités antérieurs à la *Convention* ont été signés, il existait déjà des lois en matière de conservation qui

affected the Indians' rights. Indeed, there existed total bans on the hunting of certain species. As a result, at the time the treaties were signed and, even more so, at the time that the *NRTA* was agreed to by the provinces and the federal government, it would have been clearly understood that the rights of Indians pursuant to either document would be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* thus cannot be viewed as being constitutional rights of an absolute nature for which governmental regulation is prohibited.

How, then, is the governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, to be assessed? Cory J. has taken the position that the standard against which the validity of the *Wildlife Act* is to be assessed is s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the test set out in *Sparrow, supra*. I am unable to agree with my colleague on this point. Section 35(1) was intended to provide constitutional protection for aboriginal rights and treaty rights that did not enjoy such protection. It cannot have been intended to be redundant and provide constitutional protection for rights that already enjoyed constitutional protection. Moreover, para. 12 of the *NRTA* is a constitutional provision and, as such, s. 35(1) has no direct application to it. Infringements of constitutional rights cannot be remedied by the application of a different constitutional provision. As Estey J. stated in *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1207, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* "cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*". That case concerned the application of s. 15 of the *Charter* to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Although the case is not directly on point with the issues arising in this appeal, in my view, Estey J.'s comment provides support for the position that constitutional provisions enacted later in time are not to be read as impliedly amending the earlier enacted provisions. (See Peter W. Hogg, *Constitutional Law of*

avaient une incidence sur les droits des Indiens. De fait, la chasse de certaines espèces était même absolument interdite. Par conséquent, au moment où les traités ont été signés et, même plus encore au moment où les provinces et le gouvernement fédéral ont conclu la *Convention*, il aurait été clairement entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne peuvent donc être considérés comme des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Comment alors doit-on apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficient les droits des appelants au regard de cette réglementation? Le juge Cory a dit être d'avis que c'est au regard du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité, qu'il faut apprécier la validité de la *Wildlife Act*. Je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue sur ce point. Le paragraphe 35(1) a pour objet d'accorder la protection de la Constitution aux droits ancestraux et issus de traités qui ne jouissaient pas de cette protection. Il n'est pas possible qu'on ait voulu qu'il produise un effet redondant et accorde la protection de la Constitution à des droits qui en jouissaient déjà. En outre, le par. 12 de la *Convention* est une disposition constitutionnelle et, de ce fait, le par. 35(1) ne s'y applique pas directement. On ne peut remédier aux atteintes à des droits constitutionnels par l'application d'une autre disposition constitutionnelle. Ainsi que le juge Estey l'a déclaré dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1207, la *Charte canadienne des droits et libertés* «ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*». Cette affaire concernait l'application de l'art. 15 de la *Charte* à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cette affaire ne portait pas directement sur les questions soulevées par le présent pourvoi, je suis d'avis que les remarques du juge