

Ivan Morris and Carl Olsen *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw), Red Rock Indian Band, Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association, Chief Allan Claxton and Chief Roger William *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORRIS

Neutral citation: 2006 SCC 59.

File No.: 30328.

2005: October 14; 2006: December 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Aboriginal law — Treaty rights — Right to hunt — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether treaty right to hunt includes right to hunt at night with illuminating device — Whether provincial legislation of general application infringes band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation applicable to band by virtue of s. 88 of Indian Act — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 29 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

Ivan Morris et Carl Olsen *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw), bande indienne de Red Rock, Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association, chef Allan Claxton et chef Roger William *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MORRIS

Référence neutre : 2006 CSC 59.

N° du greffe : 30328.

2005 : 14 octobre; 2006 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droit de chasse — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Le droit de chasse issu d'un traité comprend-il le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse? — Les mesures législatives provinciales d'application générale portent-elles atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles applicables à la bande par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 29 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

Constitutional law — Indians — Provincial wildlife legislation — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether valid provincial legislation of general application inapplicable to band because it interferes with band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation nonetheless applicable by virtue of s. 88 of Indian Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, s. 27(1)(d), (e).

The accused, both members of the Tsartlip Indian Band of the Saanich Nation, were hunting at night when they shot at a decoy deer set up by provincial conservation officers to trap illegal hunters. They were arrested and charged with several offences under British Columbia's *Wildlife Act*, including: (1) hunting wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); (2) hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); and (3) hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29). At trial, as a defence to the charges under s. 27(1), the accused raised their right "to hunt over the unoccupied lands . . . as formerly" under the North Saanich Treaty of 1852. They also introduced evidence that the particular night hunt for which they were charged was not dangerous. The trial judge found that "night hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip [people] from time immemorial". However, despite the evidence that night hunting by Tsartlip hunters had yet to result in an accident, he nonetheless concluded that the accused did not have a treaty right to hunt at night because hunting at night with an illuminating device was "inherently unsafe". The trial judge entered convictions on count 1, conditionally stayed count 2 because of the rule against multiple convictions arising from the same delict, and entered acquittals on count 3. Both the summary conviction appeal judge and the majority of the Court of Appeal upheld the convictions based on the prohibition of night hunting (s. 27(1)(d)).

Droit constitutionnel — Indiens — Loi provinciale sur la faune — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Les mesures législatives provinciales d'application générale qui sont valides sont-elles inapplicables à la bande du fait qu'elles portent atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles néanmoins applicables par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)(d), (e).

Les accusés, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, étaient en train de chasser de nuit lorsqu'ils ont tiré sur un leurre en forme de cerf que des agents de conservation provinciaux avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été arrêtés et accusés de plusieurs infractions prévues par la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, dont les suivantes : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Au procès, pour leur défense contre les accusations fondées sur le par. 27(1), les accusés ont fait valoir leur droit de « chasser sur les terres inoccupées [. . .] comme autrefois » que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Selon le juge du procès, « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux ». Toutefois, malgré la preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, il a statué que les accusés ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est « intrinsèquement dangereuse ». Il a inscrit des déclarations de culpabilité relativement au premier chef d'accusation, a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant le deuxième chef en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour le même délit et a inscrit des acquittements relativement au troisième chef. Le juge d'appel des poursuites sommaires et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de la chasse nocturne (al. 27(1)d)).

Held (McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The convictions are set aside and acquittals entered.

Per Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The Tsartlip's right to hunt at night with the aid of illuminating devices is protected by the North Saanich Treaty. The historical context indicates that the parties intended the treaty to include the full panoply of hunting practices in which the Tsartlip people had engaged before they agreed to relinquish control over their lands. One of those practices was night hunting and, as the trial judge acknowledged, night hunting by the Tsartlip includes, and always has included, night hunting with the aid of illuminating devices. Even on a literal construction, the language of the treaty supports the view that the right to hunt "as formerly" means the right to hunt according to the methods used by the Tsartlip at the time of and before the treaty. The right of the Tsartlip to hunt at night with illuminating devices has of necessity evolved from its pre-treaty tools to its current implements, and the use of guns, spotlights, and motor vehicles reflects the current state of the evolution of the Tsartlip's historic hunting practices. However, it is acknowledged that it could not have been within the common intention of the parties that the Tsartlip would be granted a right to hunt dangerously, since no treaty confers on its beneficiaries a right to put human lives in danger. This is confirmed by the language of the treaty itself, which restricts hunting to "unoccupied lands", away from any town or settlement. Since British Columbia is a very large province, it cannot plausibly be said that a night hunt with illumination is unsafe everywhere and in all circumstances, even within the treaty area at issue in this case. Accordingly, while s. 29 of the *Wildlife Act*, which prohibits hunting or trapping "without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons", is a limit that does not impair the treaty rights of aboriginal hunters and trappers, paras. (d) and (e) of s. 27(1), which apply without exception to the whole province, are overbroad and infringe the treaty right to hunt. Something less than an absolute prohibition on night hunting can address the concern for safety. [14] [25-35] [40] [59]

The relevant provisions of the *Wildlife Act* are valid provincial legislation under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Since treaty rights to hunt lie squarely within federal jurisdiction, provincial laws of general

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements sont inscrits.

Les juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron : Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par le Traité de Saanich nord. Il ressort du contexte historique que l'intention des parties était d'englober dans le traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres. L'une de ces pratiques est la chasse nocturne et, comme l'a admis le juge du procès, la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip comprend, aujourd'hui comme toujours, la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. Même interprété littéralement, le texte du traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du traité et dans la période qui l'a précédé. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils employés avant le traité jusqu'aux instruments actuels, et l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. Cependant, il est reconnu que l'intention commune des parties ne pouvait pas être d'accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cela est confirmé par le texte du traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. Étant donné que la Colombie-Britannique est une province très vaste, on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le traité et qui est en cause en l'espèce. Par conséquent, alors que l'art. 29 de la *Wildlife Act*, lequel interdit de chasser ou de piéger « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones, les al. 27(1)d) et e), qui s'appliquent sans exception à l'ensemble de la province, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse conféré par traité. Sans aller jusqu'à l'interdiction absolue de la chasse nocturne, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. [14] [25-35] [40] [59]

Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides selon le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné que les droits de chasse issus de traités relèvent

application that are inapplicable because they impair “Indianness” may nonetheless be found to be applicable by incorporation under s. 88 of the *Indian Act*. While, on its face, s. 88 cannot be used to incorporate into federal law provincial laws that conflict with the terms of any treaty, the provinces may regulate treaty rights under certain circumstances. Provincial legislation of general application that interferes in an insignificant way with the exercise of that right do not infringe the right; but where, as in the case of s. 27(1)(d) and (e), such legislation is found to conflict with a treaty in a way that constitutes a *prima facie* infringement, the protection of treaty rights prevails and the provincial law cannot be incorporated under s. 88 of the *Indian Act*. [42-46] [50] [54]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. (dissenting): The impugned ban on night hunting with a firearm (s. 27(1)(d)) is valid provincial legislation that applies to the accused. [82]

The *Wildlife Act* falls in pith and substance within the province’s powers. It is not directed at a federal head, like Indians, but more generally at safety, a matter within provincial power. The ban on night hunting is an integrated part of a broader provincial scheme applicable to all British Columbians and aimed at assuring the safety of the province’s hunters and residents. Since this provision does not conflict with federal legislation, the doctrine of paramountcy has no application. Finally, where a provincial law of general application does not affect a treaty right, and does not otherwise touch upon core Indianness, that law applies *ex proprio vigore*, without recourse to s. 88 of the *Indian Act*. Provincial legislation that falls outside the internal limits on the treaty right that the parties to the treaty would have understood and intended does not encroach on the treaty right. [82] [87] [92]

A treaty must be interpreted in a manner that best reconciles the interests of the parties to it. The right to hunt protected by the treaty is subject to an internal limit: it does not include the right to hunt in an inherently hazardous manner. Rather, the right to hunt must be exercised reasonably. Although, at the time the treaty was signed, the practice of hunting at night did not pose the same dangers as it does today, the parties to the treaty must have understood that the right to

clairement de la compétence fédérale, les lois provinciales d’application générale qui sont inapplicables parce qu’elles touchent à l’« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Même si on ne peut, de prime abord, recourir à l’art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités, les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Les lois provinciales d’application générale qui entravent de façon négligeable l’exercice d’un droit issu d’un traité ne portent pas atteinte à ce droit. Toutefois, si on conclut qu’une disposition législative provinciale entre en conflit avec un traité d’une manière qui constitue une atteinte à première vue, comme c’est le cas des al. 27(1)d) et e), la protection des droits issus de traités prévaut et la règle de droit provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. [42-46] [50] [54]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish (dissidents) : L’interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu (al. 27(1)d)) est une mesure législative provinciale valide qui s’applique aux accusés. [82]

La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédéral, comme les Indiens, mais porte plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L’interdiction de la chasse nocturne fait partie intégrante d’un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidents de la province. Étant donné que cette mesure législative n’est pas incompatible avec la législation fédérale, la règle de la prépondérance n’est pas applicable. Enfin, la loi provinciale d’application générale qui ne touche ni à un droit issu d’un traité ni autrement à l’essentiel de l’indianité s’applique d’elle-même, sans qu’il soit nécessaire de recourir à l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. N’empièteraient pas sur le droit issu d’un traité les mesures législatives provinciales qui outrepassent ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées. [82] [87] [92]

Les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties. Le droit de chasse protégé par le traité comporte une limite intrinsèque : il n’inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. Il doit plutôt être exercé de façon raisonnable. Même si, à l’époque de la signature du traité, la chasse nocturne ne présentait pas les mêmes dangers qu’aujourd’hui, les parties au traité devaient comprendre que le droit de chasser n’englobe pas le droit de

hunt did not carry with it a right to hunt dangerously. Furthermore, just as the methods and means of exercising the right should not be frozen in time, neither should the government's legitimate safety concerns. Adapting the exercise of treaty rights to modern weaponry without adapting the corollary legitimate safety concerns would lead to unacceptable results. [82] [108] [110] [115]

Here, s. 27(1)(d) of the *Wildlife Act* regulates the internal safety limit on the treaty right of the accused. A ban on night hunting with a firearm is a reasonable exercise of the Province's regulatory power in defining this internal limit. Since the regulation of dangerous hunting falls outside the scope of the treaty right to hunt, no treaty right is engaged. Accordingly, as no aboriginal right is asserted, and as the provincial law does not otherwise go to Indianness, the law applies *ex proprio vigore*. [82] [129] [132]

Cases Cited

By Deschamps and Abella JJ.

Applied: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723.

By McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting)

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *General Motors of Canada Ltd. v. City*

chasser dangereusement. Par ailleurs, tout comme les méthodes et moyens employés pour l'exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l'être non plus. Adapter l'exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. [82] [108] [110] [115]

En l'espèce, l'al. 27(1)(d) de la *Wildlife Act* réglemente la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit conféré par traité aux accusés. L'interdiction de la chasse nocturne avec une arme à feu est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Par conséquent, comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que les règles de droit provinciales ne touchent pas autrement à l'indianité, elles s'appliquent d'elles-mêmes. [82] [129] [132]

Jurisprudence

Citée par les juges Deschamps et Abella

Arrêts appliqués : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; **arrêts mentionnés :** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *General Motors*

National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Paul* (1993), 142 N.B.R. (2d) 55; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *R. v. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, aff'g (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524; *R. v. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi; *R. v. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260; *R. v. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL); *R. v. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL); *R. v. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL); *R. v. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL); *R. v. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260; *R. v. Barlow* (2000), 228 N.B.R. (2d) 289, leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner v. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. v. Augustine* (2001), 232 N.B.R. (2d) 313, leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. v. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. v. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. v. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318; *R. v. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181; *R. v. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL); *R. v. Polches* (2005), 289 N.B.R. (2d) 72, 2005 NBQB 137.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29.
Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 28(1), 29.

Treaties

North Saanich Treaty of 1852.

Authors Cited

Wilkins, Kerry. "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Huddart and Thackray JJ.A.) (2004), 194 B.C.A.C. 107,

of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 55; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524; *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260; *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260; *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 289, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2^e) 313, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318; *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181; *R. c. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL); *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2^e) 72, 2005 NBQB 137.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)(d), (e), 28(1), 29.

Traités

Traité de Saanich nord de 1852.

Doctrine citée

Wilkins, Kerry. « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Huddart et Thackray) (2004), 194 B.C.A.C. 107,

317 W.A.C. 107, 25 B.C.L.R. (4th) 45, 237 D.L.R. (4th) 693, [2004] 2 C.N.L.R. 219, [2004] 5 W.W.R. 403, [2004] B.C.J. No. 400 (QL), 2004 BCCA 121, affirming a judgment of Singh J., [2002] 4 C.N.L.R. 222, [2002] B.C.J. No. 1292 (QL), 2002 BCSC 780, upholding the convictions entered by Higinbotham Prov. Ct. J., [1999] B.C.J. No. 3199 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. dissenting.

Louise Mandell, Q.C., Ardith Wal’petko We’dalx Walkem, Bruce Elwood and Michael Jackson, Q.C., for the appellants.

Lisa J. Mrozinski and Paul E. Yearwood, for the respondent.

Mitchell R. Taylor and Mark Kindrachuk, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Ria Tzimas and Elaine M. Atkinson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John G. Furey, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

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

Sandra C. M. Folkins and Angela Edgington, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Diane Soroka, for the intervener the Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw).

Harley I. Schachter, for the intervener the Red Rock Indian Band.

Michel Beaupré and Simon Picard, for the intervener Conseil de la Nation huronne-wendat.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the intervener Te’ mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Jack Woodward and David M. Robbins*, for the intervener Chief Allan Claxton.

317 W.A.C. 107, 25 B.C.L.R. (4th) 45, 237 D.L.R. (4th) 693, [2004] 2 C.N.L.R. 219, [2004] 5 W.W.R. 403, [2004] B.C.J. No. 400 (QL), 2004 BCCA 121, qui a confirmé une décision du juge Singh, [2002] 4 C.N.L.R. 222, [2002] B.C.J. No. 1292 (QL), 2002 BCSC 780, qui avait confirmé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Higinbotham, [1999] B.C.J. No. 3199 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents.

Louise Mandell, c.r., Ardith Wal’petko We’dalx Walkem, Bruce Elwood et Michael Jackson, c.r., pour les appelants.

Lisa J. Mrozinski et Paul E. Yearwood, pour l’intimé.

Mitchell R. Taylor et Mark Kindrachuk, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Ria Tzimas et Elaine M. Atkinson, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

René Morin, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

John G. Furey, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

Sandra C. M. Folkins et Angela Edgington, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Diane Soroka, pour l’intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw).

Harley I. Schachter, pour l’intervenante la bande indienne de Red Rock.

Michel Beaupré et Simon Picard, pour l’intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour l’intervenante Te’ mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Jack Woodward et David M. Robbins*, pour l’intervenant le chef Allan Claxton.

Written submissions only by *David M. Rosenberg, Patricia Hutchings and Jay Nelson*, for the intervener Chief Roger William.

The judgment of Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

1 DESCHAMPS AND ABELLA JJ. — This case raises the question whether a provincial government acting within its constitutionally mandated powers can interfere with treaty rights and, if so, to what extent.

2 In 1852, James Douglas, Governor of the Colony of Vancouver Island, representing the British Crown, enshrined in a treaty the recognition that the Saanich Nation would be “at liberty to hunt over the unoccupied lands; and to carry on our fisheries as formerly”. Ivan Morris and Carl Olsen, both members of the Tsartlip Band of the Saanich Nation, were charged, among other charges, under s. 27(1)(d) and (e) of British Columbia’s *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, for doing what the Tsartlip have done, as the trial judge noted, “from time immemorial”: hunting for food at night with the aid of illuminating devices.

3 As a defence to the charges under s. 27, Morris and Olsen raised their right to hunt under the North Saanich Treaty of 1852 (“Treaty”). The Crown concedes that Morris and Olsen have a right to hunt but asserts a ban on hunting at night. Morris and Olsen counter that they were observing safe hunting practices and that provincial regulations cannot affect their treaty right.

4 In this case, we conclude that the Tsartlip’s right to hunt at night with the aid of illuminating devices is protected by treaty. Although the prohibition against dangerous hunting contained in s. 29 of the *Wildlife Act* is a limit that does not infringe the treaty right, the complete prohibition on hunting at night with an illuminating device set out in

Argumentation écrite seulement par *David M. Rosenberg, Patricia Hutchings et Jay Nelson*, pour l’intervenant le chef Roger William.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LES JUGES DESCHAMPS ET ABELLA — Il s’agit en l’espèce de déterminer si un gouvernement provincial agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution peut porter atteinte aux droits issus de traités et, dans l’affirmative, dans quelle mesure.

En 1852, James Douglas, gouverneur de la colonie de l’île de Vancouver, représentant la Couronne britannique, a garanti par traité à la Nation saanich qu’elle aurait [TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Ivan Morris et Carl Olsen, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, ont été accusés, entre autres, en vertu des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1982, ch. 57, d’avoir pratiqué une activité que, comme l’a souligné le juge du procès, les Tsartlip pratiquent [TRADUCTION] « depuis des temps immémoriaux » : la chasse nocturne de subsistance à l’aide d’une source lumineuse.

MM. Morris et Olsen ont fait valoir pour leur défense contre les accusations fondées sur l’art. 27 le droit de chasse que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852 (« Traité »). La Couronne leur reconnaît le droit de chasse, mais affirme la validité de l’interdiction de la chasse nocturne. MM. Morris et Olsen répliquent qu’ils observaient des pratiques de chasse sécuritaires et que la réglementation provinciale ne peut toucher à leur droit issu d’un traité.

Nous concluons en l’espèce que le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l’aide d’une source lumineuse est protégé par traité. Alors que l’interdiction de chasser dangereusement prévue à l’art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit issu d’un traité, l’interdiction absolue de chasser la nuit à l’aide d’une source

s. 27 is overbroad because it prohibits both safe and unsafe hunting, and, in the case of aboriginal hunters, infringes their treaty right.

The evidence at trial was that the Tsartlip's historic aboriginal practice of hunting at night with illumination has yet to result in a single known accident caused by those engaging in it. In our view, paras. (d) and (e) of s. 27(1) of the *Wildlife Act*, despite being part of a valid provincial law of general application, prohibit the exercise of a protected treaty right and are inapplicable in this case. We would therefore allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals.

1. Background

Morris and Olsen were arrested on November 28, 1996 on Vancouver Island for breaches of prohibitions contained in the *Wildlife Act*: hunting of wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29); and, in the case of Olsen only, discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle (s. 28(1)).

The backdrop to the prosecution of Morris and Olsen was a change of administrative policy on the part of the provincial Crown, acting through conservation officers. The evidence is that the Tsartlip had hunted at night for generations until the charges were laid in this case. They had received confirmation from the Minister of Forests, David Zirnhelt, that there would be no prosecutions in connection with the exercise of hunting and fishing rights pursuant to the Treaty. On the basis of this assurance, the Tsartlip entered into an arrangement with Doug Turner, Chief Enforcement Officer of the Conservation Officer Service for Vancouver Island, whereby any treaty beneficiary charged in relation to night hunting was instructed to phone Mr. Turner. Once Mr. Turner received confirmation

lumineuse prévue à l'art. 27 a une portée trop générale, car elle vise à la fois la chasse dangereuse et la chasse sécuritaire et, dans le cas des chasseurs autochtones, elle porte atteinte à leur droit issu d'un traité.

Selon la preuve présentée au procès, la traditionnelle chasse nocturne autochtone à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a encore, à ce que l'on sache, causé aucun accident de la part des chasseurs. À notre avis, les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, même s'ils font partie d'une loi provinciale d'application générale qui est valide, interdisent l'exercice d'un droit protégé par traité et sont inapplicables en l'espèce. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

1. Contexte

MM. Morris et Olsen ont été arrêtés le 28 novembre 1996 sur l'île de Vancouver pour avoir enfreint des interdictions énoncées dans la *Wildlife Act* : avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et — dans le cas de M. Olsen seulement — avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (par. 28(1)).

La poursuite contre MM. Morris et Olsen a été intentée dans le contexte d'une nouvelle politique administrative de la Couronne provinciale, qui agit par l'intermédiaire des agents de conservation. Selon la preuve, les Tsartlip pratiquaient la chasse nocturne depuis des générations jusqu'à ce que les accusations soient portées en l'espèce. Ils avaient reçu du ministre des Forêts, David Zirnhelt, la confirmation qu'aucune poursuite ne serait engagée relativement à l'exercice des droits de chasse et de pêche garantis par le Traité. Se fondant sur ces assurances, les Tsartlip ont convenu avec Doug Turner, agent principal chargé de l'exécution de la loi, service des agents de conservation de l'île de Vancouver, qu'en cas d'inculpation d'un bénéficiaire du Traité relativement à la chasse nocturne,

5

6

7

that the hunter in question was a member of the Saanich Nation, the hunter would be released. This arrangement, it appears, ended with Mr. Turner's retirement in 1996.

8 In November of that year, not long after Mr. Turner's retirement, a conservation officer was invited to speak at a "rod and gun" club meeting where members expressed dissatisfaction about Indians engaged in night hunting. A decoy operation was promptly organized to trap night hunters, as a result of which Morris and Olsen were arrested and charged. The Tsartlip were not forewarned of the operation and no discussion took place after the charges were laid.

9 The trial in Provincial Court lasted five days. Morris and Olsen raised their rights under the Treaty as a general defence to the charges. The conservation officer acknowledged that safety concerns are inversely proportionate to the remoteness and density of the population.

10 Morris and Olsen led evidence to the effect that night hunting is part of the Tsartlip tradition and has been carried on in safety for generations. They also introduced evidence that the particular night hunt for which they were charged was not dangerous. Morris and Olsen were caught by provincial conservation officers using a mechanical black-tailed deer decoy. The decoy was set up on unoccupied lands 20 metres off a gravel road. It was, one of the conservation officers testified, a spot chosen for its safety. Officer Gerald Brunham explained the choice of site as follows:

Q Were there any residences in that vicinity?

A Not within two kilometres.

celui-ci téléphonerait à M. Turner. Le chasseur en question serait remis en liberté dès que son appartenance à la Nation saanich aurait été confirmée à M. Turner. Cette entente aurait, semble-t-il, pris fin avec le départ à la retraite de M. Turner en 1996.

En novembre de la même année, peu après le départ de M. Turner, un agent de conservation a été invité comme conférencier à une réunion d'un club de chasse et pêche, où des membres se sont dits mécontents du fait que des Indiens chassaient la nuit. On a rapidement monté une opération leurre pour piéger les chasseurs nocturnes. C'est ainsi que MM. Morris et Olsen ont été arrêtés et inculpés. Les Tsartlip n'ont pas été prévenus de la tenue de l'opération, et il n'y a eu aucune discussion après les mises en accusation.

Le procès à la Cour provinciale a duré cinq jours. MM. Morris et Olsen ont invoqué, comme moyen de défense général contre les accusations, les droits que leur confère le Traité. L'agent de conservation a reconnu que les préoccupations relatives à la sécurité sont inversement proportionnelles à l'éloignement et à la densité de la population.

MM. Morris et Olsen ont présenté la preuve que la chasse nocturne fait partie de la tradition des Tsartlip et qu'elle est pratiquée de façon sécuritaire depuis des générations. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Ils se sont fait prendre par des agents de conservation provinciaux, qui se sont servis d'un leurre mécanique en forme de cerf à queue noire. Le leurre était installé sur des terres inoccupées, à 20 m d'une route en gravier. Selon le témoignage d'un des agents de conservation, l'endroit était choisi pour ses caractéristiques sécuritaires. L'agent Gerald Brunham a expliqué ainsi le choix de l'emplacement :

[TRADUCTION]

Q Y avait-il des résidences dans ce voisinage?

R Aucune dans un rayon de deux kilomètres.

Q And you chose that particular [hunting] site because of safety aspects?

A Yes.

Q So would it be accurate to say that there were no private property, no campers, no dwellings within the range that a bullet would travel?

A Yes.

Q And you chose that specific hillside so that if a bullet did go through your decoy it would go into a hill and into the trees?

A That's right.

The trial judge found that “night hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip [people] from time immemorial” ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), at para. 19). However, despite the evidence that night hunting by Tsartlip hunters had yet to result in an accident, he nonetheless concluded that Morris and Olsen did not have a treaty right to hunt at night because hunting at night with an illuminating device was “inherently unsafe” (para. 25).

They were both convicted of hunting during prohibited hours contrary to s. 27(1)(d), and Olsen was convicted of discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle contrary to s. 28(1). However, despite his conclusion that night hunting was inherently unsafe, the trial judge acquitted the appellants on the count of hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29). As well, the trial judge conditionally stayed the charges of hunting with the use or aid of a light or illuminating device contrary to s. 27(1)(e), based on the rule in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

The convictions based on the prohibition of night hunting (s. 27(1)(d)) were upheld by a summary conviction appeal judge ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780) and by the majority in

Q Et vous avez choisi cet endroit précis pour ses caractéristiques sécuritaires?

R Oui.

Q N'est-il pas exact qu'à cet endroit il n'y avait pas de propriété privée, pas de campement, pas d'habitation dans le rayon de la trajectoire d'une balle?

R Oui.

Q Et vous avez choisi ce versant précisément pour que la balle qui traverserait le leurre aboutisse dans une colline et dans les arbres?

R C'est exact.

Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux » ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 19). Toutefois, malgré la preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, le juge a statué que MM. Morris et Olsen ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est [TRADUCTION] « intrinsèquement dangereuse » (par. 25).

Ils ont tous deux été reconnus coupables d'avoir, en contravention de l'al. 27(1)d), chassé pendant les heures interdites, et M. Olsen a été reconnu coupable d'avoir, en violation du par. 28(1), déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur. Cependant, malgré sa conclusion que la chasse nocturne était intrinsèquement dangereuse, le juge du procès a acquitté les appellants relativement à l'accusation d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Il a aussi ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation de l'al. 27(1)e), selon la règle énoncée dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de chasser la nuit (al. 27(1)d)) ont été confirmées par un juge d'appel des poursuites sommaires ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780) et

11

12

13

the Court of Appeal for British Columbia, with Lambert J.A. dissenting ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121). The only provisions at issue in the appeal before us are s. 27(1)(d) and (e).

2. Analysis

14 The analytical framework in which to consider this case can be divided into two parts. The first step is to determine whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* impair a treaty right. This entails characterizing the scope of the treaty right claimed by Morris and Olsen and delineating any limits on that right. We acknowledge at the outset that there is no treaty right to hunt dangerously. Thus s. 29 of the *Wildlife Act*, which prohibits hunting or trapping “without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons”, is a limit that does not impair the treaty rights of aboriginal hunters and trappers. At issue are the limits imposed by s. 27(1)(d) and (e). In our view these prohibitions, presented as safety measures in relation to the Tsartlip, are overbroad and infringe the treaty right to hunt.

15 The second step is to analyse whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* are valid and applicable under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and under s. 88 of the *Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5*. In our view, because paras. (d) and (e) of s. 27(1) are inconsistent with the Treaty, they do not apply to Morris and Olsen either directly, of their own force, as provincial law, or as incorporated federal law under s. 88 of the *Indian Act*.

2.1 *Evolution of the Treaty Right*

16 Between 1850 and 1854, 14 treaties were concluded with bands living on Vancouver Island. These came to be known as the Douglas Treaties, named after James Douglas, Governor of the Colony of Vancouver Island at the time. The Treaty

par les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, le juge Lambert étant dissident ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121). Les seules dispositions en litige en l’espèce sont les al. 27(1)d) et e).

2. Analyse

Le cadre d’analyse de la présente espèce peut être scindé en deux parties. La première étape consiste à décider si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* portent atteinte à un droit issu d’un traité. Pour ce faire, il faut définir la portée du droit issu d’un traité invoqué par MM. Morris et Olsen et ainsi que les limites de ce droit. Nous reconnaissons d’emblée qu’aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l’art. 29 de cette loi, lequel interdit de chasser ou de piéger [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d’autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones. La question en litige est celle des limites imposées par les al. 27(1)d) et e). À notre avis, ces interdictions, présentées comme des mesures de sécurité pour les Tsartlip, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse issu d’un traité.

La seconde étape consiste à déterminer la validité et l’applicabilité des dispositions contestées de la *Wildlife Act*, selon le partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et selon l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5*. À notre avis, étant donné que les al. 27(1)d) et e) sont incompatibles avec le Traité, ils ne s’appliquent pas à MM. Morris et Olsen, que ce soit directement d’eux-mêmes comme règles de droit provinciales, ou encore comme règles de droit fédérales incorporées par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

2.1 *Évolution du droit issu d’un traité*

Entre 1850 et 1854, 14 traités ont été conclus avec des bandes vivant sur l’île de Vancouver. On a fini par les appeler Traités de Douglas, en l’honneur de James Douglas, gouverneur de la colonie de l’île de Vancouver à l’époque. Le Traité, à lui

alone covers approximately 22,000 hectares situated on lands that are partly uninhabited and partly inhabited.

In exchange for the surrender by the Saanich of their lands on Vancouver Island, the Crown made a number of commitments to them, including the following guarantee:

[I]t is . . . understood that we [the Saanich Tribe] are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly. [Emphasis added.]

Each of the 14 treaties contained this commitment in the same formulation.

The language of the Treaty stating “we are at liberty to hunt over the unoccupied lands” exemplifies the lean and often vague vocabulary of historic treaty promises. McLachlin J., dissenting on other grounds, stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall No. 1*”), at para. 78, that “[t]he goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed”. This means that the promises in the treaty must be placed in their historical, political, and cultural contexts to clarify the common intentions of the parties and the interests they intended to reconcile at the time.

The Douglas Treaties were the reflections of oral agreements reduced to writing by agents of the Crown. The historical background to these treaties has been ably documented by the B.C. Court of Appeal in three decisions: see *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; and *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79. This historical context reveals an overriding intention that the methods by which the Saanich traditionally hunted be brought within the Treaty’s protection.

First, it was in the interest of all parties to preserve traditional hunting and fishing practices among the Tsartlip and other Douglas Treaty

seul, couvre une superficie d’environ 22 000 hectares s’étendant sur des terres qui sont en partie inhabitées et en partie habitées.

En contrepartie des terres cédées par les Saanich sur l’île de Vancouver, la Couronne a pris certains engagements envers eux, notamment le respect de la garantie suivante :

[TRADUCTION] [I] est [. . .] entendu que nous [les Saanich] avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois. [Nous soulignons.]

Cet engagement figurait selon le même libellé dans chacun des 14 traités.

La formulation « nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées » qui figure dans le Traité donne un exemple de la pauvreté et du caractère souvent vague des expressions utilisées dans le cadre d’un traité historique. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n^o 1* »), par. 78, la juge McLachlin, dissidente pour d’autres motifs, a affirmé que « [l]’interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l’intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l’époque de la signature ». Cela veut dire qu’il faut placer dans leurs contextes historique, politique et culturel les promesses figurant dans le traité afin de dégager l’intention commune des parties et les intérêts qu’elles voulaient concilier à l’époque.

Les Traités de Douglas sont le fruit d’ententes verbales que les représentants de la Couronne ont couchées par écrit. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a bien documenté le contexte historique de ces traités dans trois arrêts : voir *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; et *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79. Ce contexte historique atteste l’intention prépondérante de protéger par le Traité les modes de chasse traditionnels des Saanich.

Premièrement, il était dans l’intérêt de toutes les parties de préserver les modes de chasse et de pêche traditionnels chez les Tsartlip et d’autres

17

18

19

20

bands. As Lambert J.A. stated in *Bartleman*, at p. 90:

[A]t the time of the treaties, it was a concern of the colonial government not to disturb the Indian people in their traditional food-gathering activities. It was in the interest of the government of the colony of Vancouver Island and of the Indians that the Indians should be able to support themselves in their traditional ways.

21 The interests of the colonial government in preserving the traditional Tsartlip way of life were a reflection of the economic and demographic realities of the region, including concerns for the safety and security of the small number of settlers. Norris J.A. summarized these imperatives as follows in *White*, at p. 657:

[I]t was at the time of Douglas particularly important for the maintenance of law and order that Indian rights be respected and interpreted broadly in favour of the Indians, not merely for the due administration of law, but also for the safety of the settlers who constituted a minority of, at the most, 1,000 persons, there being 30,000 Indians on Vancouver Island alone, apart from the warlike tribes to the north, who always constituted a raiding threat and against whom the maintenance of friendship with the local Indians afforded a measure of security.

22 Second, the historical record discloses that Governor Douglas represented to the Indian peoples with whom he entered into treaties that the treaties would secure for them the right to continue their pre-treaty hunting practices. In a letter to the Colonial Secretary dated May 16, 1850, Douglas stated the following:

I informed the natives that they would not be disturbed in the possession of their Village sites and enclosed fields, which are of small extent, and that they were at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on their fisheries with the same freedom as when they were the sole occupants of the country. [Emphasis added.]

(See *White*, at p. 651.)

23 Douglas wrote a similar confirmation to the Speaker and members of the House of Assembly of British Columbia, advising them that:

bandes visées par les Traités de Douglas. Le juge Lambert a affirmé dans *Bartleman*, p. 90 :

[TRADUCTION] [À] l'époque des traités, le gouvernement colonial veillait à ne pas perturber les Indiens dans leurs activités de subsistance traditionnelles. C'était dans l'intérêt du gouvernement de la colonie de l'île de Vancouver et des Indiens que ceux-ci puissent subvenir à leurs besoins selon leur mode de vie traditionnel.

L'intérêt du gouvernement colonial à préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip reflétait les réalités économiques et démographiques de la région, y compris les préoccupations concernant la sécurité des colons, qui étaient en faible nombre. Le juge Norris a résumé ces impératifs dans *White*, p. 657 :

[TRADUCTION] [À] l'époque de Douglas, il était particulièrement important pour le maintien de l'ordre public que les droits des Indiens soient respectés et interprétés libéralement en leur faveur, non seulement pour l'application régulière de la loi, mais aussi pour la sécurité des colons, qui n'étaient qu'une petite minorité d'au plus 1 000 personnes, alors qu'il y avait 30 000 Indiens dans l'île de Vancouver uniquement, sans compter les tribus guerrières du Nord de l'île, qui représentaient une menace d'incursion constante et contre lesquels les liens d'amitié avec les Indiens de la région assuraient une certaine sécurité.

Deuxièmement, le dossier historique révèle que le gouverneur Douglas a fait comprendre aux peuples indiens avec qui il concluait des traités que ceux-ci leur garantiraient le droit de continuer à chasser comme auparavant. Dans la lettre qu'il a adressée au secrétaire aux Affaires coloniales le 16 mai 1850, M. Douglas a écrit :

[TRADUCTION] J'ai informé les indigènes qu'ils ne seraient pas inquiétés dans la possession de leurs villages et de leurs prés enclos, qui sont de faible étendue, et qu'ils avaient toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher en jouissant de la même liberté que lorsqu'ils étaient les seuls occupants du pays. [Nous soulignons.]

(Voir *White*, p. 651.)

M. Douglas a écrit une confirmation similaire au président et aux députés de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique :

[The Indians] were to be protected in their original right of fishing on the Coasts and in the Bays of the Colony, and of hunting over all unoccupied Crown Lands: and they were also to be secured in the enjoyment of their village sites and cultivated fields.

(*Bartleman*, at p. 89)

These external acknowledgments by Douglas are significant where, as here, the treaty was concluded orally and subsequently reduced to writing. The oral promises made when the treaty was agreed to are as much a part of the treaty as the written words: see *Marshall No. 1*, at para. 12.

The promises made by Douglas confirm that the parties intended the Treaty to include the full panoply of hunting practices in which the Tsartlip people had engaged before they agreed to relinquish control over their lands on Vancouver Island.

One of those practices was night hunting. The trial judge acknowledged the “considerable body of evidence supporting the fact that night hunting has been an accepted practice of the Tsartlip people from pre-treaty days to the present” (para. 18). His most significant finding about night hunting was that it includes, and always has included, hunting with the aid of illuminating devices:

[N]ight hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip people from time immemorial. [para. 19]

This finding reflected the evidence of Tom Sampson, a member of the Tsartlip Indian Band who had hunted for 56 of his 65 years. He described the various ways illumination was historically used in night hunting, including:

. . . a carbide light, it was what the coal miners used to use, and prior to that we used — in fishing, we used the hollowed out part of our canoe and we used pitch from a tree, the stumps we would cut out and shape and put in front of the canoe as a light for hunting and fishing.

The relevant provision of this Treaty, as previously noted, states that the Tsartlip “are at liberty

[TRADUCTION] Il fallait assurer [aux Indiens] la protection de leur droit originaire de pêcher sur les côtes et dans les baies de la Colonie, et de chasser sur toutes les terres inoccupées de la Couronne; il fallait aussi leur garantir la jouissance de leurs villages et champs cultivés.

(*Bartleman*, p. 89)

Ces confirmations de M. Douglas à des tiers sont d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, le traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit. Les promesses verbales lors de la conclusion du traité font autant partie du traité que le texte écrit : voir *Marshall n° 1*, par. 12.

Les promesses de M. Douglas confirment l'intention des parties d'englober dans le Traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres sur l'île de Vancouver.

L'une de ces pratiques est la chasse nocturne. Le juge du procès a admis [TRADUCTION] « l'existence de nombreux éléments de preuve confirmant que la chasse nocturne est reconnue aux Tsartlip aussi bien avant qu'après le Traité » (par. 18). Sa conclusion la plus importante au sujet de la chasse nocturne est qu'elle se pratique, aujourd'hui comme toujours, à l'aide d'une source lumineuse :

[TRADUCTION] La chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux. [par. 19]

Cette conclusion reflète le témoignage de Tom Sampson, un membre de la bande indienne des Tsartlip qui a passé 56 années des 65 années de sa vie à chasser. Il a décrit les diverses façons dont la source lumineuse était traditionnellement employée pour la chasse nocturne, notamment :

[TRADUCTION] . . . une lampe à carbure, comme celles qu'utilisaient les mineurs, et avant cela, nous utilisions — pour la pêche, nous utilisions la partie concave de notre canot ainsi que de la résine d'arbres et des bâtons que nous coupions, façonnions et mettions devant le canot pour servir de lumière pour la chasse et la pêche.

Comme nous l'avons déjà mentionné, selon la disposition pertinente du Traité, les Tsartlip ont

24

25

26

27

28

to hunt over the unoccupied lands; and to carry on [their] fisheries as formerly”. There is no dispute, at least for the purposes of this case, that the words “as formerly” apply to both the hunting and fishing clauses.

29 As McLachlin J. stated in *Marshall No. 1*, at para. 78, these words “must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time”. She also said that “[t]reaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories”. Even on a literal construction, the language of the Treaty supports the view that the right to hunt “as formerly” means the right to hunt according to the methods used by the Tsartlip at the time of and before the Treaty. This would obviously include those methods the Tsartlip have used in hunting “from time immemorial”.

30 From 1852 to the present, the tools used by the Tsartlip in hunting at night have evolved. From sticks with pitch to spotlights and from canoes to trucks, the tools and methods employed in night hunting have changed over time. These changes do not diminish the rights conferred by the Treaty. The right of the Tsartlip to hunt at night with illuminating devices has of necessity evolved from its pre-treaty tools to its current implements. As McLachlin C.J. observed in *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, at para. 25:

... treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology.

31 This approach has led the Court in other cases to acknowledge, for example, that hunting with a rifle and ammunition is the current form of an evolving right whose origins were hunting with a bow and

[TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Nul ne conteste, du moins pour les besoins du présent pourvoi, que le terme « comme autrefois » s’applique tant au membre de phrase concernant la pêche qu’à celui concernant la chasse.

Comme la juge McLachlin l’a affirmé dans *Marshall n° 1*, par. 78, « [i]l faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l’époque » et « [l]es traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones ». Même interprété littéralement, le texte du Traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du Traité et dans la période qui l’a précédé. Il est évident que les méthodes de chasse employées par les Tsartlip « depuis des temps immémoriaux » en font partie.

Depuis 1852, les outils utilisés par les Tsartlip pour la chasse nocturne ont évolué. Des bâtons enduits de résine aux projecteurs et des canots aux camions, les outils et méthodes employés pour la chasse nocturne ont changé avec le temps. Toutefois, ces changements n’enlèvent rien aux droits conférés par le Traité. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l’aide d’une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils employés avant le Traité jusqu’aux instruments actuels. Comme l’a fait observer la juge en chef McLachlin dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25 :

... les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s’agit d’établir si l’activité commerciale actuelle en cause procède de l’évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité [. . .] L’évolution logique suppose le même type d’activité, exercée dans l’économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques.

Ce point de vue a fait en sorte que, dans d’autres affaires, la Cour a reconnu, par exemple, que la chasse à la carabine représente la forme actuelle d’un droit dont les origines remontent à la chasse

arrow (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387), and that a treaty right to erect a log cabin for hunting purposes flows from the former use of mossy lean-to shelters (*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393).

The evidence in this case makes clear that the use of guns, spotlights, and motor vehicles reflects the current state of the evolution of the Tsartlip's historic hunting practices. Morris testified at trial that the Tsartlip used to hunt at night with

what they called torch lamps, and I heard this story told to me by our older hunters, that they used sticks with pitch on the end of them to do the same kind of hunt [but that the Tsartlip had] moved into these new tools of the spotlight and of the gun, where it's made it easier for us to hunt. And then we use our vehicles instead of walking or paddling a canoe.

This evidence reveals that the weapons, means of transportation and illuminating devices used in hunting have become more modern. But changes in method do not change the essential character of the practice, namely, night hunting with illumination. What was preserved by the Treaty and brought within its protection was hunting at night with illuminating devices, not hunting at night with a particular *kind* of weapon and source of illumination. This conclusion is dictated by the common intentions of the parties to the Treaty, as distilled from the context in which the Treaty was entered into. The purpose of the hunting clause was to preserve the traditional Tsartlip way of life, including methods of gathering food. It was, in addition, designed to benefit the settlers, whose interests at the time lay in friendship with the Indian majority on Vancouver Island.

Each of these interests could best be met by simultaneously ensuring both the protection of the settlers and the continuation of the hunting methods traditionally used by the Tsartlip. The common intention which best reconciles the interests of the parties is one that brings a right to

à l'arc (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387) et que le droit issu d'un traité de construire une cabane en rondins pour la chasse découle de l'utilisation antérieure d'abris en appentis recouverts de mousse (*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393).

La preuve en l'espèce établit clairement que l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. M. Morris a dit dans son témoignage que les Tsartlip chassaient la nuit à l'aide de

[TRADUCTION] ce qu'ils appelaient des torches, et ce sont nos aînés qui chassaient qui m'ont raconté cette histoire — qu'ils pratiquaient le même type de chasse à l'aide de bâtons dont l'extrémité était trempée dans la résine, [mais que les Tsartlip ont] par la suite utilisé de nouveaux outils comme le projecteur et le fusil, grâce auxquels il est maintenant plus facile pour nous de chasser. Et maintenant nous nous déplaçons à l'aide de nos véhicules au lieu de le faire à pied ou en canot.

Cette preuve révèle que les armes ainsi que les moyens de transport et d'éclairage employés pour la chasse sont devenus plus modernes. Toutefois, l'évolution des méthodes ne change pas le caractère essentiel de la pratique, à savoir la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. C'est la chasse pratiquée la nuit à l'aide d'une source lumineuse qui est préservée et protégée par le Traité, et non la chasse pratiquée la nuit avec un *type* particulier d'arme et de source lumineuse. Cette conclusion est dictée par l'intention commune des parties au Traité, telle qu'elle se dégage du contexte dans lequel celui-ci a été conclu. La disposition relative à la chasse avait pour but de préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip, y compris leurs moyens de subsistance. Elle visait également à rendre service aux colons, qui à l'époque avaient intérêt à être amis avec les Indiens, groupe majoritaire sur l'île de Vancouver.

La meilleure façon de servir chacun de ces intérêts était de veiller simultanément à la protection des colons et au maintien des méthodes de chasse traditionnellement employées par les Tsartlip. L'intention commune qui concilie le mieux les intérêts des parties est celle qui fait entrer dans le

32

33

34

hunt as they always had within the ambit of the Treaty. This includes the right to hunt at night with illumination.

35 We agree, as stated earlier, that it could not have been within the common intention of the parties that the Tsartlip would be granted a right to hunt dangerously, since no treaty confers on its beneficiaries a right to put human lives in danger. This limitation on the treaty right flows from the interest of all British Columbians in personal safety. It is also confirmed by the language of the Treaty itself, which restricts hunting to “unoccupied lands”, away from any town or settlement. British Columbia is a very large province, and it cannot plausibly be said that a night hunt with illumination is unsafe everywhere and in all circumstances, even within the treaty area at issue in this case.

36 This Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall No. 2*”), at para. 37, that “regulations that do no more than reasonably define the . . . treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the . . . community that holds the treaty rights do not impair the exercise of the treaty right” (emphasis deleted). As well, as noted in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 89, “reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food”.

37 The question, therefore, is how to identify and define internal limits on a treaty right. The consensual nature of treaty rights and their specific origin and structure dictate that a respectful approach be adopted. Individual statutory provisions have to be evaluated to determine whether, based on the available historical evidence, they are consistent with the common intention of the parties to the treaty.

champ d’application du Traité le droit de chasse que les Tsartlip ont toujours eu. Ce droit comprend le droit de chasser la nuit à l’aide d’une source lumineuse.

Comme nous l’avons mentionné plus haut, nous reconnaissons que l’intention commune des parties ne pouvait pas être d’accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cette limitation du droit issu du traité découle de l’intérêt des Britanno-Colombiens à ce que leur sécurité personnelle ne soit pas menacée. Elle est aussi confirmée par le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux [TRADUCTION] « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. La Colombie-Britannique est une province très vaste, et on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l’aide d’une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le Traité et qui est en cause en l’espèce.

Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n° 2* »), par. 37, la Cour a énoncé, qu’« un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité [. . .] d’une manière qui puisse à la fois être administrée par l’organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté [. . .] titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l’exercice de ce droit » (soulignement omis). De même, comme il est indiqué dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, « 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 ».

Il s’agit donc de savoir comment reconnaître et définir les limites intrinsèques d’un droit issu d’un traité. La nature consensuelle des droits issus de traités ainsi que leur origine et leur structure particulières commandent une attitude respectueuse. Il faut évaluer chaque disposition législative pour déterminer si, compte tenu de la preuve historique, elle est conforme à l’intention commune des parties au traité.

In our view, the best reconciliation of the parties' intentions is one that preserves as much as possible the ancient practices the Tsartlip would have understood as forming part of their "liberty to hunt" under the Treaty, subject only to the limit that they do not have a right to put lives or property at risk. Thus, at the very least, the safety limitation in the Treaty should not be drawn so broadly as to exclude *all* night hunting. It could not have been within the common intention of the parties to completely ban night hunting, which was a long-accepted method of hunting for food.

Nor can it be said that such a blanket exclusion should now be implied as a matter of law. If a night hunt is dangerous in particular circumstances, it can (and should) be prosecuted under s. 29. Here, the appellants were acquitted of dangerous hunting. The implicit limitation found by our colleagues the Chief Justice and Fish J. has a scope that interferes with the time-honoured right instead of allowing for the right to be exercised subject only to principled limitations. Protected methods of hunting cannot, without more, be wholly prohibited simply because in some circumstances they could be dangerous. All hunting, regardless of the time of day, has the potential to be dangerous.

The blanket prohibition of s. 27(1)(d) and (e) applies, of course, throughout British Columbia, including the vast regions of the interior. Much of the north of the province is uninhabited except by aboriginal people, and there are areas where even they are seen only occasionally. To conclude that night hunting with illumination is dangerous everywhere in the province does not accord with reality and is not, with respect, a sound basis for limiting the treaty right.

2.2 *Constitutional Division of Powers*

Having found that the Tsartlip's treaty rights include the right to hunt at night and with

La meilleure façon de concilier les intentions des parties est celle qui permet de préserver le plus possible les pratiques de chasse anciennes que les Tsartlip considéraient comme faisant partie du droit de chasser en « toute liberté » garanti par le Traité, sous réserve seulement de ne pas mettre en danger la vie ou la propriété d'autrui. Par conséquent, il faut au moins éviter d'interpréter de façon trop large la limitation en matière de sécurité prévue dans le Traité, au point d'exclure *totale*ment la chasse nocturne. L'intention commune des parties ne pouvait pas être d'interdire complètement la chasse nocturne, méthode de chasse de subsistance reconnue depuis longtemps.

On ne peut pas non plus affirmer qu'une interdiction générale devrait maintenant être implicite en droit. Si la chasse nocturne est dangereuse dans certaines circonstances, elle peut (et devrait) faire l'objet de poursuites en vertu de l'art. 29. En l'espèce, les appelants ont été acquittés relativement à la chasse dangereuse. La limite implicite dont l'existence est admise par nos collègues la Juge en chef et le juge Fish entrave, par sa portée, l'exercice du droit consacré depuis longtemps au lieu de permettre qu'il soit exercé sous réserve seulement de limites rationnelles. On ne peut se contenter d'interdire complètement l'utilisation de méthodes de chasse protégées par traité du simple fait que dans certains cas elles pourraient être dangereuses. Toute forme de chasse, quel que soit le moment de la journée, est potentiellement dangereuse.

L'interdiction générale prévue aux al. 27(1)d) et e) s'applique, naturellement, dans toute la Colombie-Britannique, y compris les vastes régions de l'intérieur. La partie nord de la province est principalement inhabitée, sauf par des Autochtones, et il y a des régions où, même eux, on ne les voit qu'à l'occasion. Conclure que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout dans la province ne cadre pas avec la réalité et, soit dit en tout respect, n'est pas une raison valable pour limiter le droit issu d'un traité.

2.2 *Partage constitutionnel des compétences*

Ayant conclu que les droits conférés par traité aux Tsartlip comprennent le droit de chasser la nuit

38

39

40

41

illumination, we must now determine whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* are nevertheless applicable from the perspective of the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. By virtue of s. 91(24), Parliament has exclusive power to make laws in relation to “Indians, and Lands reserved for the Indians”. Provincial laws whose “pith and substance” relates to this head of power are *ultra vires* and invalid (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 67). However, provincial laws of general application that affect Indians only incidentally and are enacted under a provincial head of power will be found to be *intra vires* and valid.

et à l’aide d’une source lumineuse, nous devons maintenant examiner la question de savoir si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* peuvent quand même s’appliquer dans l’optique du partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu du par. 91(24), le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer sur les questions concernant « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les lois provinciales qui, de par leur caractère véritable, relèvent de ce chef de compétence constituent un excès de pouvoir et sont donc invalides (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 67). Toutefois, les lois provinciales d’application générale qui sont adoptées selon un chef de compétence provincial et dont les effets à l’égard des Indiens ne sont qu’accessoires sont dans la limite des pouvoirs et sont donc valides.

42 In this case, there is no question that the relevant provisions of the *Wildlife Act* are valid provincial legislation under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which refers to Property and Civil Rights in the Province. However, where a valid provincial law impairs “an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and Lands reserved for the Indians” (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, at p. 1047), it will be inapplicable to the extent of the impairment. Thus, provincial laws of general application are precluded from impairing “Indianness”. (See, for example, *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326.)

En l’espèce, il ne fait aucun doute que les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides qui relèvent de la catégorie propriété et droits civils dans la province prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, les lois provinciales valides ne s’appliqueront pas si elles portent atteinte à une « partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens » (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, p. 1047). Ainsi, les lois provinciales d’application générale ne peuvent pas porter atteinte à l’« indianité ». (Voir, par exemple, *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326.)

43 Treaty rights to hunt lie squarely within federal jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians”. As noted by Dickson C.J. in *Simon*, at p. 411:

Les droits de chasse issus de traités relèvent clairement de la compétence fédérale sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Comme l’a fait remarquer le juge Dickson dans *Simon*, p. 411 :

It has been held to be within the exclusive power of Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, to derogate from rights recognized in a treaty agreement made with the Indians.

On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens.

This Court has previously found that provincial laws of general application that interfere with treaty rights to hunt are inapplicable to particular Aboriginal peoples. (See, for example, *Simon*, at pp. 410-11; *Sundown*, at para. 47.) Where such laws are inapplicable because they impair “Indianness”, however, they may nonetheless be found to be applicable by incorporation under s. 88 of the *Indian Act*.

2.3 Section 88 of the Indian Act

Section 88 reflects Parliament’s intention to avoid the effects of the immunity imposed by s. 91(24) by incorporating certain provincial laws of general application into federal law. Section 88 reads as follows:

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

But as the opening words of this provision demonstrate, Parliament has expressly declined to use s. 88 to incorporate provincial laws where the effect would be to infringe treaty rights. And this Court held in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 86, that one of the purposes of s. 88 is to accord “federal statutory protection to aboriginal treaty rights”. Thus, on its face, s. 88 cannot be used to incorporate into federal law provincial laws that conflict with the terms of any treaty.

The clear language of this treaty exception in s. 88 is qualified by statements in this Court’s jurisprudence that the provinces may regulate treaty rights under certain circumstances. In *Marshall No. 2*, at para. 24, for example, this Court held that

La Cour a déjà jugé inapplicables à certains peuples autochtones des lois provinciales d’application générale qui portent atteinte aux droits de chasse issus de traités. (Voir, par exemple, *Simon*, p. 410-411, et *Sundown*, par. 47.) Par ailleurs, les lois provinciales d’application générale qui sont inapplicables parce qu’elles touchent à l’« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

2.3 Article 88 de la Loi sur les Indiens

L’article 88 reflète l’intention du législateur d’éviter les effets de l’exclusivité que commande le par. 91(24), en incorporant au droit fédéral certaines lois provinciales d’application générale. L’article 88 dispose :

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

Mais, comme l’indique le membre de phrase au début de cette disposition, le législateur a expressément refusé de recourir à l’art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales dans les cas où il en résulterait une atteinte à des droits issus de traités. Et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 86, la Cour a statué que l’un des objets de l’art. 88 est d’accorder « une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones ». Ainsi, on ne peut, de prime abord, recourir à l’art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités.

Les termes clairs de l’exception relative aux traités prévue à l’art. 88 sont nuancés par des énoncés figurant dans la jurisprudence de la Cour, selon lesquels les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Dans *Marshall n° 2*, par. 24, par exemple, la Cour a affirmé :

44

45

46

the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives [Emphasis added.]

That statement must of course be read in the context of the particular right under consideration in *Marshall No. 1*, namely a commercial right of access to resources harvested (and traded) from the outset by aboriginals in common with non-aboriginal inhabitants. After Confederation, some of the resources came to be regulated federally (e.g. the fishery), while others were regulated provincially (e.g. those harvested by trapping). In the case of the provincially regulated resources, the Court was not prepared to read the treaty right as requiring that access to them for purposes of *commercial* exploitation be subject to parallel and potentially conflicting federal and provincial oversight. That is not this case, which requires us to consider the more general question of what degree of provincial legislative interference with a non-commercial treaty right will trigger the s. 88 protection of treaty rights. Further consideration of the Court's position with respect to treaty rights of a commercial nature should be left for a case where it is directly in issue.

47 Where, as in this case, non-commercial rights are in issue, a distinction must be drawn between insignificant interference with the exercise of the treaty right and *prima facie* infringement of the right.

48 Regarding insignificant interference, this Court considered in *Côté* whether a provincial regulation requiring the payment of a small access fee for entry into a controlled harvest zone infringed a treaty right to fish. The fee was not revenue generating, but was intended to pay for the ongoing maintenance of roads and facilities within the controlled zone. Lamer C.J. held that this provincial

[Les] gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux [Nous soulignons.]

Il faut bien sûr interpréter cet énoncé dans le contexte du droit particulier dont il est question dans *Marshall n° 1*, à savoir le droit d'accéder à des fins commerciales aux ressources qui, dès le contact, étaient exploitées (récoltées et échangées) en commun par des Autochtones et des non-Autochtones. Après la Confédération, certaines des ressources ont fini par être réglementées par le fédéral (p. ex. la pêche) et d'autres par la province (p. ex. le piégeage). Dans le cas des ressources réglementées par la province, la Cour n'était pas disposée à interpréter le droit issu d'un traité comme s'il exigeait que l'accès à ces ressources à des fins *commerciales* soit soumis parallèlement à deux contrôles susceptibles d'entrer en conflit : celui du fédéral et celui de la province. La situation est différente en l'espèce. Ici, nous devons nous demander, de façon plus générale, quel degré d'ingérence législative provinciale dans l'exercice d'un droit issu d'un traité à des fins non commerciales déclenche la protection conférée aux droits issus de traités par l'art. 88. Il est préférable de trancher la question des droits de nature commerciale issus de traités lorsqu'elle se posera directement dans une autre affaire.

Lorsque sont en jeux des droits de nature non commerciale, comme c'est le cas en l'espèce, il faut faire une distinction entre l'ingérence négligeable dans l'exercice du droit issu d'un traité et l'atteinte à première vue à ce droit.

En ce qui concerne l'ingérence négligeable, dans *Côté*, la Cour s'est demandé si un règlement provincial exigeant le paiement d'un minime droit d'entrée dans une zone d'exploitation contrôlée portait atteinte à un droit de pêche issu d'un traité. Le droit d'entrée ne générait pas de revenus, mais était destiné à l'entretien régulier des routes et des installations dans la zone contrôlée. Le juge en

regulation “impose[d] a modest financial burden on the exercise of th[e] alleged treaty right” (para. 88), thereby representing an insignificant interference with a treaty right, and consequently did not infringe that right.

In contrast in *Badger* this Court considered that a licensing scheme that imposed conditions as to the “hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area” (para. 92) infringed the appellants’ treaty right to hunt. Cory J., writing for the majority, held that this licensing scheme constituted a *prima facie* infringement of the appellants’ treaty right to hunt, since it “denie[d] to holders of treaty rights . . . the very means of exercising those rights” and was found to be “in direct conflict with the treaty right” (para. 94).

Insignificant interference with a treaty right will not engage the protection afforded by s. 88 of the *Indian Act*. This approach is supported both by *Côté* and by *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. rejected the idea that “anything which affects or interferes with the exercise of those rights, no matter how insignificant, constitutes a *prima facie* infringement” (para. 91 (emphasis added)). Therefore, provincial laws or regulations that place a modest burden on a person exercising a treaty right or that interfere in an insignificant way with the exercise of that right do not infringe the right.

A *prima facie* infringement, however, will trigger the s. 88 treaty right protection. In determining what constitutes a *prima facie* infringement of a treaty right, it is helpful to consider the Court’s jurisprudence on this point. In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1112, Dickson C.J. and La Forest J. listed three questions that may assist in this determination:

First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the

chef Lamer a statué que ce règlement provincial « assujetti[ssait] l’exercice d[u] droit issu de traité à une modeste obligation financière » (par. 88) et qu’il s’agissait donc d’une ingérence négligeable dans l’exercice d’un droit issu d’un traité et qu’il n’y avait pas atteinte à ce droit.

Par contre, dans *Badger*, la Cour a considéré qu’un régime de délivrance de permis imposant des conditions relatives aux « 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 » (par. 92) portait atteinte au droit de chasse garanti par traité aux appelants. Le juge Cory, au nom de la majorité, a statué que ce régime de délivrance de permis constituait à première vue une atteinte à leur droit puisqu’il « priv[ait] les personnes qui sont titulaires de droits issus de traité [. . .] des moyens mêmes d’exercer ces droits » et était « en contradiction directe avec le droit prévu au Traité » (par. 94).

L’ingérence négligeable dans l’exercice d’un droit issu d’un traité ne déclenchera pas la protection prévue par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette affirmation trouve appui à la fois dans *Côté* et dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a rejeté l’idée que « tout ce qui [. . .] entrave ou [. . .] gêne l’exercice [de ces droits], ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte » (par. 91 (nous soulignons)). Par conséquent, les lois ou règlements provinciaux qui imposent une obligation modeste à quiconque exerce un droit issu d’un traité ou qui entravent de façon négligeable l’exercice d’un droit issu d’un traité ne portent pas atteinte à ce droit.

Une atteinte à première vue fera toutefois intervenir la protection que l’art. 88 confère aux traités. Pour déterminer ce qui constitue une atteinte à première vue à un droit issu d’un traité, il est utile d’examiner la jurisprudence de la Cour sur ce point. Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont énuméré trois questions qui peuvent aider dans cette tâche :

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux?

49

50

51

regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?

52

As Lamer C.J. pointed out in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, care should be taken, in considering these questions, not to import an element of justification when attempting to identify an infringement. He stated the following, at para. 43:

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

53

Essentially, therefore, a *prima facie* infringement requires a "meaningful diminution" of a treaty right. This includes anything but an insignificant interference with that right. If provincial laws or regulations interfere insignificantly with the exercise of treaty rights, they will not be found to infringe them and can apply *ex proprio vigore* or by incorporation under s. 88.

54

The protection of treaty rights in s. 88 of the *Indian Act* applies where a conflict between a provincial law of general application and a treaty is such that it amounts to a *prima facie* infringement. Where a provincial law of general application is

Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?

Comme l'a signalé le juge en chef Lamer dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans l'examen de ces questions, il faut veiller à ne pas importer des éléments de justification dans la détermination de la violation. Il a fait remarquer au par. 43 :

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

Essentiellement, une atteinte à première vue implique donc une « diminution appréciable » d'un droit issu d'un traité. Elle n'a rien à voir avec une ingérence négligeable dans l'exercice de ce droit. Les lois ou règlements provinciaux qui entravent de façon négligeable l'exercice de droits issus de traités ne seront pas considérés comme portant atteinte à ces droits et peuvent s'appliquer d'eux-mêmes ou par voie d'incorporation au droit fédéral par l'effet de l'art. 88.

La protection des droits issus de traités prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique lorsque le conflit entre une loi provinciale d'application générale et un traité est tel qu'il équivaut à une atteinte à première vue. Si l'on conclut

found to conflict with a treaty in a way that constitutes a *prima facie* infringement, the protection of treaty rights prevails and the provincial law cannot be incorporated under s. 88.

Where a *prima facie* infringement of a treaty right is found, a province cannot rely on s. 88 by using the justification test from *Sparrow* and *Badger* in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, as alluded to by Lamer C.J. in *Côté*, at para. 87. The purpose of the *Sparrow/Badger* analysis is to determine whether an infringement by a government acting within its constitutionally mandated powers can be justified. This justification analysis does not alter the division of powers, which is dealt with in s. 88. Therefore, while the *Sparrow/Badger* test for infringement may be useful, the framework set out in those cases for determining whether an infringement is justified does not offer any guidance for the question at issue here.

3. Application to This Case

There is no treaty right to hunt dangerously. Thus, the prohibition against hunting “without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons” set out in s. 29 of the *Wildlife Act* is a limit that does not infringe the Tsartlip’s treaty right to hunt. As stated earlier, the requirement to hunt safely was clearly within the common intention of the parties to the Treaty, as reflected by the language of the Treaty itself, which restricts hunting to “unoccupied lands”. Where a treaty beneficiary is proven to have hunted dangerously, the Treaty does not provide a defence to charges brought under s. 29.

However, based on an understanding of the common intention of the parties to the Treaty, the Tsartlip’s treaty right includes the right to hunt at night with illumination, with the modern incarnation of their ancestral method, namely the use of firearms.

qu’une loi provinciale d’application générale entre en conflit avec un traité d’une manière qui constitue une atteinte à première vue, la protection des droits issus de traités prévaut et la loi provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l’effet de l’art. 88.

Les provinces à qui on reproche une atteinte à première vue à un droit issu d’un traité ne peuvent invoquer l’art. 88 en ayant recours au critère de justification applicable dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncé dans *Sparrow* et *Badger*, comme l’a laissé entendre le juge en chef Lamer dans *Côté*, par. 87. L’analyse élaborée dans ces deux arrêts vise à déterminer si la violation par un gouvernement, agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, peut se justifier. L’analyse de la justification ne change pas le partage de ces pouvoirs, qui est l’objet de l’art. 88. C’est pourquoi, malgré l’utilité que peut revêtir le critère énoncé dans *Sparrow* et *Badger* en matière de violation, le cadre d’analyse établi dans ces arrêts ne saurait nous guider ici.

3. Application aux faits de l’espèce

Aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l’interdiction de chasser [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d’autrui » prévue à l’art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux Tsartlip. Comme nous l’avons mentionné plus haut, il ne fait pas de doute que, d’après le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », l’intention commune des parties était d’exiger que la chasse se pratique de façon sécuritaire. Lorsqu’il est prouvé qu’un bénéficiaire du Traité a pratiqué la chasse de façon dangereuse, le Traité ne lui fournit aucune défense contre des accusations portées en vertu de l’art. 29.

Cependant, selon notre interprétation de l’intention commune des parties au Traité, le droit que celui-ci confère aux Tsartlip comprend le droit de chasser la nuit à l’aide d’une source lumineuse en utilisant ce qui constitue l’incarnation moderne de leurs armes de chasse ancestrales, à savoir les armes à feu.

55

56

57

58

The legislative prohibition set out in s. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act* is absolute, and it applies without exception to the whole province, including the most northern regions where hours of daylight are limited in the winter months and populated areas are few and far between. The Legislature has made no attempt to prohibit only those specific aspects or geographic areas of night hunting that are unsafe by, for example, banning hunting within a specified distance from a highway or from residences. The impugned provisions are overbroad, inconsistent with the common intention of the parties to the treaties, and completely eliminate a chosen method of exercising their treaty right.

59

We respectfully disagree with our colleagues the Chief Justice and Fish J. that nothing short of a total ban on night hunting can address safety concerns. We believe that it would be possible to identify uninhabited areas where hunting at night would not jeopardize safety. This finding is supported by the evidence in this case that the Tsartlip's practice of night hunting with illuminating devices has never been known to have resulted in an accident, and that the conservation officers, in setting up the location for their mechanical decoy, were easily able to locate an area where night hunting could be practised safely. These facts amply demonstrate how something less than an absolute prohibition on night hunting can address the concern for safety.

60

We have no difficulty concluding, therefore, that the categorical ban on night hunting and hunting with illumination constitutes a *prima facie* infringement of a treaty right. A categorical prohibition clearly constitutes more than an insignificant interference with a treaty right. Although provincial laws of general application that are inapplicable to aboriginal people can be incorporated into federal law under s. 88 of the *Indian Act*, this cannot happen where the effect would be to infringe treaty rights. Because paras. (d) and (e) of s. 27(1) of the *Wildlife Act* constitute a *prima*

L'interdiction prévue aux al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* est absolue et s'applique sans exception à l'ensemble de la province, y compris les régions les plus au nord où les heures de clarté sont limitées en hiver et où les secteurs très peuplés sont rares. Le législateur n'a pas tenté d'interdire uniquement les aspects de la chasse nocturne qui sont dangereux ou d'interdire ce mode de chasse dans les zones où il serait dangereux, par exemple, en interdisant la chasse à une certaine distance des routes ou des habitations. Les dispositions contestées ont une portée trop générale, elles sont incompatibles avec l'intention commune des parties aux traités, et elles écartent complètement le moyen choisi pour exercer le droit issu du Traité.

Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l'opinion de nos collègues la Juge en chef et le juge Fish que seule une interdiction absolue de chasser la nuit permet de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. Nous estimons qu'il serait possible de recenser les secteurs inhabités où la chasse nocturne ne compromettrait pas la sécurité. Cette conclusion s'appuie sur la preuve fournie en l'espèce, selon laquelle la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a, autant que l'on sache, provoqué aucun accident, et les agents de conservation, pour l'installation des leurres mécaniques, ont pu facilement trouver un endroit où la chasse nocturne pouvait se pratiquer sans danger. Tous ces éléments montrent bien que, sans aller jusqu'à l'interdiction absolue, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité.

Par conséquent, nous n'avons aucune difficulté à conclure que l'interdiction absolue de chasser la nuit et celle de chasser à l'aide d'une source lumineuse constituent des atteintes à première vue à un droit issu d'un traité. Une interdiction absolue est manifestement davantage qu'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité. Certes, les lois provinciales d'application générale qui ne s'appliquent pas aux Autochtones peuvent être incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, mais ce n'est pas le cas s'il s'ensuit une atteinte à des droits issus de traités.

facie infringement, they cannot be incorporated under s. 88 of the *Indian Act*.

For these reasons, we would allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. (dissenting) —

I

Ivan Morris and Carl Olsen were caught in a trap set by conservation officers to catch hunters who violate the law.

There is no dispute that Mr. Morris and Mr. Olsen violated a provincial ban on hunting at night with a firearm. The appellants argue that the ban does not apply to them in virtue of an aboriginal treaty signed in 1852. The Crown, however, argues that the treaty conveys no right to hunt dangerously, and asserts that this justifies a total ban on night hunting.

We conclude that the treaty right to hunt is subject to an internal limitation which excludes dangerous hunting. We further conclude that hunting at night with a firearm, as trial courts across the country have held, is hazardous and validly prohibited on that ground by provincial legislation of general application. In the result, we find that a provincial ban on night hunting with a firearm does not affect the appellants' treaty right to hunt.

With respect to those who are of a different view, we would therefore dismiss the appeal and affirm the convictions of both appellants.

Étant donné que les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* constituent des atteintes à première vue, ils ne peuvent être incorporés au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH (dissidents) —

I

Ivan Morris et Carl Olsen sont tombés dans le piège tendu par des agents de conservation aux chasseurs qui contreviennent à la loi.

Nul ne conteste que MM. Morris et Olsen ont enfreint l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu. Les appelants font valoir que l'interdiction ne s'applique pas à eux en raison d'un traité ancestral signé en 1852. Le ministère public soutient cependant que le traité ne confère aucun droit de chasser dangereusement et affirme qu'il est donc justifié d'interdire complètement la chasse nocturne.

Nous concluons que le droit de chasse issu d'un traité comporte une limite intrinsèque qui exclut la chasse dangereuse. Nous concluons également, comme des tribunaux d'instance inférieure partout au pays, que la chasse nocturne avec une arme à feu est dangereuse et que c'est donc à juste titre que les lois provinciales d'application générale l'interdisent. Par conséquent, nous estimons que l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux appelants.

Par conséquent, malgré tout le respect que nous avons pour ceux qui pensent le contraire, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité des appelants.

61

62

63

64

65

II

66 On the evening of November 28, 1996, the appellants were driving in the woods when they spotted what they took for a deer. Morris, the driver, stopped the vehicle to allow Olsen to shoot at the deer from the passenger seat. The rifle was then passed by Olsen to Morris across two children who were also in the front seat. Morris himself then fired two shots from outside the vehicle.

67 The appellants had in fact been shooting a decoy with reflecting eyes set up by conservation officers to trap illegal hunters. They were charged with the following offences under the British Columbia *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57: (1) hunting wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); (2) hunting wildlife by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); (3) hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29); and (4) discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle (Olsen only) (s. 28(1)).

68 They argued that they enjoy a right to hunt under the terms of the North Saanich Treaty. That treaty was entered into by the ancestors of the Tsartlip Indian Band and James Douglas, Chief Factor of the Hudson's Bay Company and Governor of the Colony of Vancouver Island at the time, and is generally referred to for that reason as the "Douglas Treaty".

69 There is no dispute that the appellants are covered by the Douglas Treaty. It was admitted at trial that they are both Indians within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, and that they have ancestral ties to the Tsartlip Indian Band, a member of the Saanich First Nation. It was admitted as well that the ancestors of the Tsartlip Indian Band were signatories to the Douglas Treaty and that the Douglas Treaty is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

II

Dans la soirée du 28 novembre 1996, les appelants circulaient en voiture dans le bois lorsqu'ils ont cru apercevoir un cerf. M. Morris, qui était au volant, a arrêté le véhicule pour permettre à M. Olsen, assis du côté du passager, de tirer sur le cerf. M. Olsen a ensuite passé la carabine à M. Morris, par-dessus deux enfants également assis sur la banquette avant. Puis, M. Morris a lui-même tiré deux coups de feu de l'extérieur du véhicule.

Les appelants ont en fait tiré sur un leurre — aux yeux réfléchissant la lumière — que des agents de conservation avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été inculpés des infractions suivantes prévues par la loi de la Colombie-Britannique *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57 : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et (4) avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (uniquement M. Olsen) (par. 28(1)).

Ils soutiennent qu'ils bénéficient d'un droit de chasse en vertu du Traité de Saanich nord. Celui-ci a été conclu par les ancêtres de la bande indienne des Tsartlip et James Douglas, commandant de la Compagnie de la Baie d'Hudson et gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver à l'époque, et c'est pour cette raison qu'on l'appelle généralement « Traité de Douglas ».

Nul ne conteste que le Traité de Douglas s'applique aux appelants. Au procès, il a été admis qu'ils étaient tous deux des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, et qu'ils avaient des liens ancestraux avec la bande indienne des Tsartlip, membre de la Première Nation saanich. Il a également été admis que les ancêtres de la bande des Tsartlip avaient signé le Traité de Douglas et que celui-ci est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The outcome of this appeal therefore turns entirely on the nature and extent of the right to hunt that may be set up in virtue of the Douglas Treaty against the application of provincial hunting laws of general application, such as the law that concerns us here.

III

At trial, Higinbotham Prov. Ct. J. concluded that all of the elements of the offences of hunting with a firearm during prohibited hours and hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device contrary to s. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act* had been proven beyond a reasonable doubt: [1999] B.C.J. No. 3199 (QL), at para. 24. In his view the appellants had failed to establish that the Douglas Treaty protected them from prosecution under those provisions. He reached this conclusion by applying *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, where the Court set out an infringement/justification framework for determining whether an impugned statute passes constitutional muster.

With the Crown's consent, Higinbotham Prov. Ct. J. conditionally stayed the proceedings with respect to hunting wildlife by the use or with the aid of a light or illuminating device because of the rule against multiple convictions arising from the same delict (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729) and we have not been asked to revisit this matter.

Higinbotham Prov. Ct. J. declined to convict the appellants on the charge of hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons for two reasons: First, because he was not satisfied that the Crown's specific allegations in respect of this count had been made out; and second, because he could not "rely solely on the evidence that night hunting is inherently unsafe to record a conviction on this count" (para. 25), since this evidence had already founded the appellants' convictions under s. 27(1)(d).

L'issue du présent pourvoi dépend donc entièrement de la nature et de l'étendue du droit de chasse qui, en vertu du Traité de Douglas, est susceptible d'être soustrait à l'application des lois provinciales d'application générale en matière de chasse, comme la loi dont il est question en l'espèce.

III

Au procès, le juge Higinbotham, de la Cour provinciale, a conclu que tous les éléments des infractions de chasse avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et de chasse à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* avaient été établis hors de tout doute raisonnable ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 24). À son avis, les appelants n'avaient pas réussi à démontrer que le Traité de Douglas les protégeait contre toute poursuite intentée en vertu de ces dispositions. Il a tiré cette conclusion en appliquant l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où la Cour a établi un cadre relatif à l'atteinte et à la justification permettant de déterminer si la loi contestée est constitutionnelle.

Avec le consentement du ministère public, le juge Higinbotham a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse, en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729), et on n'a pas demandé à la Cour de réexaminer cette question.

Le juge Higinbotham n'a pas, pour deux raisons, déclaré les appelants coupables d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui. Premièrement, il n'était pas convaincu que le ministère public ait établi le bien-fondé de ses allégations à cet égard; deuxièmement, il ne pouvait pas [TRADUCTION] « se fonder uniquement sur la preuve que la chasse nocturne est intrinsèquement dangereuse pour prononcer une déclaration de culpabilité relativement à ce chef d'accusation » (par. 25), étant donné que cette preuve avait déjà servi de fondement à la condamnation des appelants en vertu de l'al. 27(1)d).

70

71

72

73

74 Higinbotham Prov. Ct. J. did, however, convict Mr. Olsen of discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle contrary to s. 28(1) of the *Wildlife Act*.

75 Mr. Olsen and Mr. Morris appealed to the Supreme Court of British Columbia, where Singh J. held that to exercise a treaty or aboriginal right without due regard or consideration for public safety is not a reasonable exercise of that right: [2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780. He therefore concluded, without recourse to the *Sparrow* test, that the *Wildlife Act* did not conflict with or impact on the treaty right. As a result, he found that the appellants were in fact subject to the *Wildlife Act*, which he accepted as valid provincial legislation of general application aimed at ensuring safety.

76 The appellants further appealed to the Court of Appeal of British Columbia, where each of the three justices who heard the appeal wrote separate reasons: (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121.

77 Thackray J.A. held that because s. 27(1) of the *Wildlife Act* prohibits only hunting at night and not the right to hunt itself, it was a law of general application that applied to Indians of its own force and effect (or, as is sometimes said, “*ex proprio vigore*”).

78 Huddart J.A. concluded that the appellants did not establish that night hunting was an element of the aboriginal right to hunt “integral to the distinctive culture” of the Tsartlip (para. 213). In her view, the *Wildlife Act* prohibition on night hunting therefore did not violate the core hunting right protected by the treaty.

79 Lambert J.A. dissented. He held that the *Wildlife Act* affected Indian laws, customs, traditions and practices in relation to hunting for food and ceremonial purposes and therefore “str[uck] at the core of Indianness” (para. 18). In his view, the core of Indianness encompasses within it the

Le juge Higinbotham a cependant déclaré M. Olsen coupable d’avoir fait feu sur un animal sauvage à partir d’un véhicule à moteur en violation du par. 28(1) de la *Wildlife Act*.

MM. Olsen et Morris ont interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où le juge Singh a statué que l’exercice d’un droit ancestral ou issu d’un traité sans égard pour la sécurité publique ne constitue pas un exercice raisonnable de ce droit ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780). Il a donc conclu, sans recourir au critère établi dans *Sparrow*, que la *Wildlife Act* n’entraîne pas en conflit avec le droit issu d’un traité et n’avait par ailleurs aucune incidence sur lui. De ce fait, il a déclaré les appelants assujettis à la *Wildlife Act*, reconnaissant qu’il s’agissait d’une loi provinciale d’application générale qui est valide et destinée à assurer la sécurité.

Les appelants ont ensuite interjeté appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, où les trois juges saisis de l’appel ont rédigé des motifs distincts ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121).

Selon le juge Thackray, comme le par. 27(1) de la *Wildlife Act* n’interdit que la chasse nocturne et non la chasse en tant que tel, il s’agit d’une loi d’application générale qui s’applique d’elle-même (*ex proprio vigore*) aux Indiens.

Selon la juge Huddart, les appelants n’ont pas établi que la chasse nocturne était une composante du droit ancestral de chasser qui fait [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive » des Tsartlip (para. 213). À son avis, l’interdiction de chasser la nuit qui est prévue par la *Wildlife Act* ne porte donc pas atteinte au droit de chasse fondamental garanti par le traité.

Dans ses motifs dissidents, le juge Lambert a conclu que la *Wildlife Act* a une incidence sur les lois, coutumes, traditions et pratiques indiennes pour ce qui est de la chasse à des fins alimentaires et rituelles et qu’en conséquence elle [TRADUCTION] « touche à l’essentiel de l’indianité » (par. 18). À

right to hunt for food by the Indians' own preferred means.

Accordingly, Lambert J.A. found that the *Wildlife Act* prohibitions do not apply of their own force to members of the Tsartlip Indian Band because only federal legislation can strike at the core of Indianness, except where provincial legislation is incorporated into federal law (“invigorated”) by s. 88 of the *Indian Act*.

With respect to s. 88 of the *Indian Act*, Lambert J.A. found that the initial words “[s]ubject to the terms of any treaty” meant “that the treaty, properly interpreted, cannot be impinged on or affected [in its exercise] by the statutory provision” (para. 31). He went on to find that the *Wildlife Act* prohibitions were in direct conflict with the treaty right and therefore s. 88 could not be used to incorporate the impugned provisions of the *Wildlife Act*.

IV

For the reasons that follow, we conclude that the impugned ban on night hunting with a firearm is valid provincial legislation that applies to the appellants. The relevant provisions of the *Wildlife Act* prohibit unsafe hunting practices, which is in pith and substance a matter within the legislative jurisdiction of the provinces. They do not conflict with federal legislation and the doctrine of paramountcy therefore has no application. Finally, the right to hunt protected by the Douglas Treaty is subject to an internal limit: It does not include the right to hunt in an inherently hazardous manner. Or, put differently, the right to hunt under the treaty must be exercised reasonably and hunting practices that are inherently hazardous are antithetical to the reasonable exercise of the right to hunt. The impugned provision of the *Wildlife Act* regulates this internal limit. Since the regulation of dangerous hunting falls outside the scope of the treaty right to hunt, no treaty right is engaged. As there is no aboriginal right asserted, and as the law does not otherwise go

son avis, l'essentiel de l'indianité comporte le droit des Indiens de chasser pour se nourrir en recourant à leur moyen préféré.

Le juge Lambert a donc conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux membres de la bande indienne des Tsartlip parce que seules les lois fédérales peuvent toucher à l'essentiel de l'indianité, sauf si la loi provinciale est incorporée au droit fédéral (« revigorée ») par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Pour ce qui est de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, selon le juge Lambert, le membre de phrase « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité » au début de la disposition signifie que [TRADUCTION] « la juste interprétation du traité commande que la disposition législative n'ait aucune incidence sur lui ni ne lui porte atteinte » (par. 31). Il a ensuite conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* entrent directement en conflit avec le droit issu d'un traité et que l'art. 88 ne peut donc servir à incorporer au droit fédéral les dispositions contestées de la *Wildlife Act*.

IV

Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l'interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide applicable aux appelants. Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* interdisent les pratiques de chasse dangereuses, laquelle interdiction, de par son caractère véritable, relève de la compétence législative des provinces. Elles ne sont pas incompatibles avec la législation fédérale, et la règle de la prépondérance n'est donc pas applicable. Enfin, le droit de chasse protégé par le Traité de Douglas comporte une limite intrinsèque : il n'inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. En d'autres termes, le droit de chasse conféré par traité doit être exercé de façon raisonnable, et les pratiques de chasse intrinsèquement dangereuses sont l'antithèse de l'exercice raisonnable du droit de chasse. La disposition contestée de la *Wildlife Act* régit cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ

80

81

82

to Indianness, the law applies *ex proprio vigore* and does not need to be incorporated by s. 88 in order to apply to Indians.

d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que la mesure législative ne touche pas autrement à l'indianité, elle s'applique d'elle-même et n'a pas besoin d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 pour s'appliquer aux Indiens.

V

V

83 Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament exclusive legislative authority over “Indians, and Lands reserved for the Indians”. Aboriginal and treaty rights fall squarely within Parliament’s jurisdiction under s. 91(24).

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement l'autorité législative exclusive en ce qui concerne « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les questions concernant les droits ancestraux et les droits issus de traités relèvent clairement de la compétence du Parlement prévue au par. 91(24).

84 Although s. 91(24) attributes exclusive jurisdiction over “Indians” and “Lands reserved for the Indians” to Parliament, valid provincial legislation normally applies to aboriginal persons. It is well established that “First Nations are not enclaves of federal power in a sea of provincial jurisdiction” (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 66).

Bien que le par. 91(24) confère au Parlement la compétence exclusive à l'égard des « Indiens » et des « terres réservées pour les Indiens », les lois provinciales valides s'appliquent normalement aux Autochtones. Il est bien établi que « les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales » (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 66).

85 The validity of a provincial enactment is a condition precedent to its application to aboriginal Canadians. A provincial law that does not fall within a provincial head of power is invalid and of no force or effect. Provincial legislation that, in pith and substance, relates to “Indians” or “Lands reserved for the Indians” — or any other matter within exclusive federal jurisdiction — is *ultra vires*. However, provincial legislation that merely has an incidental effect on a federal head of power is *intra vires*: *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, at para. 14. Such incidental effects are without relevance for constitutional purposes (*ibid.*). For instance, in the aboriginal context, provincial traffic legislation applies on reserves (see *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025).

La validité d'un texte législatif provincial est une condition préalable à son application aux Canadiens autochtones. Une loi provinciale qui ne relève pas d'un chef de compétence provinciale est invalide et inopérante. Une loi provinciale qui, de par son caractère véritable, porte sur les « Indiens » et les « terres réservées pour les Indiens » — ou sur toute autre question relevant de la compétence fédérale exclusive — constitue un excès de pouvoir. Par contre, une loi provinciale qui n'a qu'un effet accessoire sur un chef de compétence fédérale est dans la limite des pouvoirs : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 14. De tels effets accessoires n'ont pas d'importance sur le plan constitutionnel (*ibid.*). Par exemple, dans le contexte autochtone, les textes législatifs provinciaux régissant la

Valid provincial laws of this type apply *ex proprio vigore* to aboriginal Canadians.

Determination of the pith and substance of an enactment requires an examination of its purpose as well as its legal and practical effects: *Kitkatla*, at paras. 53 and 54. Drawing on Chief Justice Dickson's reasons in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, LeBel J. set out in *Kitkatla*, at para. 58, the proper approach for determining the pith and substance of provincial legislation:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

The *Wildlife Act* falls in pith and substance within the province's powers. It is not directed at a federal head, like Indians, but more generally at safety, a matter within provincial power. The impugned ban on night hunting is an integrated part of a broader provincial scheme applicable to all British Columbians and aimed at assuring the safety of the province's hunters and residents.

It follows that the impugned provision applies to the appellants, unless it is excluded by one of the exceptions to the general rule that valid provincial laws of general application apply to aboriginal Canadians. Provincial laws will not apply to Indians if they conflict with federal legislation or engage the doctrine of interjurisdictional immunity.

Under the paramountcy doctrine, valid provincial legislation will be rendered inoperative if it enters into an operational conflict with valid federal legislation. Such conflict will exist if

circulation sont applicables dans les réserves (voir *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Les règles de droit provinciales valides de ce type s'appliquent d'elles-mêmes aux Canadiens autochtones.

Pour déterminer le caractère véritable d'un texte législatif, il faut examiner son objet ainsi que ses effets sur les plans juridique et pratique : *Kitkatla*, par. 53-54. S'inspirant des motifs du juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge LeBel a énoncé, dans *Kitkatla*, par. 58, la démarche à suivre pour déterminer le caractère véritable d'une loi provinciale :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédérale, comme les Indiens, mais porte plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L'interdiction contestée concernant la chasse nocturne fait partie intégrante d'un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidents de la province.

Il s'ensuit que la disposition contestée s'applique aux appelants, à moins d'être exclue par l'une des exceptions à la règle générale selon laquelle les lois provinciales d'application générale valides s'appliquent aux Canadiens autochtones. Les lois provinciales ne s'appliquent pas aux Indiens si elles sont incompatibles avec des lois fédérales ou font intervenir la règle de l'exclusivité des compétences.

Selon la règle de la prépondérance, une loi provinciale valide devient inopérante en cas de conflit d'application avec une loi fédérale valide. Il existe un tel conflit lorsqu'il est impossible de

86

87

88

89

simultaneous compliance with both provincial and federal legislation is impossible or if the provincial legislation displaces or frustrates the federal legislative purpose (*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13). There is some debate as to the order in which the doctrine of paramountcy and the doctrine of interjurisdictional immunity should be considered by a court, particularly where s. 88 of the *Indian Act* is at issue: see K. Wilkins, “Of Provinces and Section 35 Rights” (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. We do not find it necessary to resolve that debate in this case, since there is no conflicting federal legislation on hunting; accordingly, the paramountcy doctrine does not apply.

90 Under the doctrine of interjurisdictional immunity, valid provincial legislation is constitutionally inapplicable to the extent that it intrudes or touches upon core federal legislative competence over a particular matter. Thus, exclusive federal jurisdiction under s. 91(24) protects “core Indianness” from provincial intrusion: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 177. Valid provincial legislation which does not touch on “core Indianness” applies *ex proprio vigore*. If a law does go to “core Indianness” the impugned provincial legislation will not apply unless it is incorporated into federal law by s. 88 of the *Indian Act*.

91 Indian treaty rights and aboriginal rights have been held to fall within the protected core of federal jurisdiction: *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 411; *Delgamuukw*, at para. 178. It follows that provincial laws of general application do not apply *ex proprio vigore* to the hunting activities of Indians that are protected by a treaty.

92 If, however, a provincial law of general application does not affect a treaty right, and does not otherwise touch upon core Indianness, that law applies *ex proprio vigore*, without recourse to s. 88. Legislation that falls outside the internal limits on the treaty right that the parties to the treaty would

respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral ou lorsque la loi provinciale supprime la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet (*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13). La question de l'ordre dans lequel le tribunal doit examiner la règle de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences a donné lieu à un certain débat, surtout lorsque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* est en jeu : voir K. Wilkins, « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. Nous ne jugeons pas nécessaire de régler ce débat en l'espèce, car il n'existe pas de loi fédérale sur la chasse qui soit incompatible et la règle de la prépondérance ne s'applique donc pas.

Selon la règle de l'exclusivité des compétences, les lois provinciales valides sont constitutionnellement inapplicables dans la mesure où elles empiètent ou ont une incidence sur la compétence législative fédérale fondamentale à l'égard d'une matière en particulier. Ainsi, la compétence fédérale exclusive prévue au par. 91(24) protège l'« essentiel de l'indianité » contre les empiètements provinciaux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 177. Les lois provinciales valides qui ne touchent pas à l'« essentiel de l'indianité » s'appliquent d'elles-mêmes. La loi provinciale contestée qui porte sur l'essentiel de l'indianité est inapplicable à moins d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Il a été décidé que les droits — ancestraux ou issus de traités — des Indiens font partie des éléments fondamentaux relevant de la compétence fédérale : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 411; *Delgamuukw*, par. 178. Par conséquent, les lois provinciales d'application générale ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux activités de chasse des Indiens protégées par traité.

Toutefois, la loi provinciale d'application générale qui ne touche ni à un droit issu d'un traité ni autrement à l'essentiel de l'indianité s'applique d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 88. N'empièteraient pas sur le droit issu d'un traité les mesures législatives qui outrepassent

have understood and intended would not encroach on the treaty right.

Many aboriginal and treaty rights are subject to internal limits. In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall No. 1*”), and *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (“*Marshall No. 2*”), the Court held that the treaty right to trade for necessaries was subject to an internal limit to a catch that would produce a moderate livelihood. In similar fashion, safety may operate as an implicit or definitional limit on aboriginal or treaty rights. In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, Cory J. wrote, at para. 89, that:

... reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food. Similarly these regulations do not infringe the hunting rights guaranteed by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

In *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, the Court held that “there [is] no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others” (Cory J., for the Court, at para. 41, citing *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at pp. 141-42; see also *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 460; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 289; and *Simon*, at p. 403).

Provincial legislation may apply to matters included within “core Indianness” if it is incorporated by s. 88 of the *Indian Act*, which provides:

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

ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées.

De nombreux droits — ancestraux ou issus de traités — comportent des limites intrinsèques. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n° 1* »), et *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n° 2* »), la Cour a décidé que le droit — issu d’un traité — de commercer pour se procurer le nécessaire était intrinsèquement limité par la quantité de prises permettant de s’assurer une subsistance convenable. De même, la sécurité peut constituer une limite implicite — ou fondée sur la définition — des droits ancestraux ou issus de traités. Dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, le juge Cory a écrit :

... qu’un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8 et modifiés par la *Convention*.

Dans *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, la Cour a affirmé qu’« il n’y [a], en principe, aucune incompatibilité entre un droit de chasse issu de traité et l’obligation que fai[t] la loi que ce droit soit exercé d’une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d’autrui » (le juge Cory, au nom de la Cour, par. 41, citant *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, p. 141-142; voir aussi *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, p. 460; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, p. 289; et *Simon*, p. 403).

Les lois provinciales peuvent s’appliquer à des matières faisant partie de l’« essentiel de l’indianité » si elles sont incorporées au droit fédéral par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit :

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

93

94

95

96 The Court clarified the effect of s. 88 of the *Indian Act* in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309. The Court noted that for the purposes of s. 88 there are two categories of provincial laws: (1) laws which can be applied to Indians without touching their Indianness; and (2) laws which cannot apply to Indians without regulating them *qua* Indians (pp. 326-27). The first category of provincial laws applies to Indians without any constitutional difficulty. The second category cannot apply to Indians by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity. It is to this second category of provincial legislation that s. 88 of the *Indian Act* is directed. Thus, s. 88 incorporates provincial laws of general application that are otherwise constitutionally inapplicable to Indians — laws that are precluded from applying to Indians by the doctrine of interjurisdictional immunity because they affect core Indianness, a matter under federal jurisdiction.

97 However, as may be readily observed from its text, s. 88 does not incorporate all provincial laws that are otherwise inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity. Section 88 operates, *inter alia*, “[s]ubject to the terms of any treaty”. In other words, s. 88 cannot incorporate a provincial law that conflicts with a treaty right.

98 What type or degree of conflict is required between a provincial law of general application and a treaty to engage the treaty exception’s protection? On the authorities, an insignificant burden on a treaty right is not enough: see, for example, *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 88. At the other end of the spectrum, a more searching “unjustified infringement” test would be inappropriate: Section 88 was adopted in 1951 (S.C. 1951, c. 29), more than 30 years before the emergence of the concepts of justification associated with s. 35 of the *Constitution Act, 1982* were introduced.

99 In our view, a *prima facie* infringement test best characterizes the degree of conflict required to engage the protection of the treaty exception.

La Cour a clarifié l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, où elle a classé les lois provinciales en deux catégories pour l’application de l’art. 88 : (1) celles qui peuvent être appliquées aux Indiens sans qu’il soit porté atteinte à leur indianité; (2) celles qui ne peuvent pas s’appliquer à eux sans les toucher en tant qu’Indiens (p. 326-327). La première catégorie s’applique aux Indiens sans difficulté d’ordre constitutionnel. La seconde ne peut s’appliquer à eux en raison de la règle de l’exclusivité des compétences. C’est cette seconde catégorie de lois que vise l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, il incorpore au droit fédéral les lois provinciales d’application générale qui autrement seraient constitutionnellement inapplicables aux Indiens — des lois qui, en raison de la règle de l’exclusivité des compétences, ne peuvent s’appliquer aux Indiens parce qu’elles touchent à l’essentiel de l’indianité, matière de compétence fédérale.

Cependant, comme il ressort clairement de son libellé, l’art. 88 n’incorpore pas au droit fédéral toutes les lois provinciales qui seraient autrement inapplicables en raison de la règle de l’exclusivité des compétences. Il est notamment applicable « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité ». Autrement dit, il ne peut incorporer une loi provinciale qui entre en conflit avec un droit issu d’un traité.

Quel type ou degré d’incompatibilité doit-il y avoir entre une loi provinciale d’application générale et un traité pour que s’applique la protection assurée par l’exception relative aux traités? Selon la jurisprudence, une restriction négligeable d’un droit issu d’un traité n’est pas suffisante : voir, par exemple, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88. À l’autre extrémité du spectre, le critère plus strict de l’« atteinte injustifiée » serait inapproprié : l’art. 88 a été adopté en 1951 (S.C. 1951, ch. 29), soit plus de 30 ans avant l’apparition des concepts de justification associés à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À notre avis, le critère de l’atteinte à première vue décrit le mieux le degré de conflit requis pour que s’applique la protection assurée par

Legislation that places no real burden on the treaty right does not constitute a *prima facie* infringement and would not trigger the treaty exception. Legislation which engages the internal limits of a treaty right does not affect the treaty right at all, and therefore, *a fortiori*, does not constitute a *prima facie* infringement.

On this basis, provincial regulatory authority over Indian treaty rights may be summarized as follows:

1. Provincial laws directed at the regulation of treaty rights are *ultra vires*;
2. Valid provincial laws of general application that do not affect or infringe treaty rights apply to Indians either:

(a) *ex proprio vigore*; or

(b) through incorporation under s. 88, if they nevertheless touch upon core Indianness in some other manner;

Valid provincial laws that fall outside of the scope of the treaty right, by virtue of an internal limit on the treaty right, do not go to “core Indianness”, and thus apply *ex proprio vigore*. They do not need to be incorporated by s. 88; and

3. Valid provincial laws of general application that constitute a *prima facie* infringement of treaty rights trigger the treaty exception in s. 88 and are constitutionally inapplicable. Provincial laws that impose only an insignificant burden on a treaty right (see *Côté*) do not trigger that exception and are therefore incorporated by s. 88.

l’exception relative aux traités. La loi qui n’impose pas de restrictions réelles à un droit issu d’un traité ne constitue pas une violation à première vue et ne déclenche pas l’application de cette exception. La loi qui met en jeu les limites intrinsèques d’un droit issu d’un traité ne touche nullement à ce droit et ne constitue donc pas, à plus forte raison, une violation à première vue.

Compte tenu de ce qui précède, on peut résumer comme suit le pouvoir réglementaire provincial à l’égard des droits conférés par traité aux Indiens :

1. Les lois provinciales visant à réglementer des droits issus de traités constituent un excès de pouvoir.
2. Les lois provinciales d’application générale valides qui ne touchent pas ou ne portent pas atteinte aux droits issus de traités s’appliquent aux Indiens :

a) soit d’elles-mêmes;

b) soit par voie d’incorporation au droit fédéral par l’art. 88, si elles touchent néanmoins de quelque autre manière à l’essentiel de l’indianité.

Les lois provinciales valides qui ne relèvent pas du champ d’application d’un droit issu d’un traité, en raison d’une limite intrinsèque de ce droit, ne touchent pas à l’« essentiel de l’indianité » et s’appliquent donc d’elles-mêmes. Elles n’ont pas besoin d’être incorporées au droit fédéral par l’art. 88.

3. Les lois provinciales d’application générale valides qui portent atteinte à première vue à des droits issus de traités déclenchent l’application de l’exception relative aux traités prévue par l’art. 88 et sont constitutionnellement inapplicables. Les lois provinciales qui n’imposent que des restrictions négligeables à un droit issu d’un traité (voir *Côté*) ne déclenchent pas l’application de cette exception et l’art. 88 ne peut donc les incorporer au droit fédéral.

VI

101 Having already concluded that the impugned legislation falls under a valid provincial head of power and does not conflict with any federal legislation, we must now determine whether it goes to “core Indianness”. If it does, it applies as a result of incorporation under s. 88; if not, the law applies *ex proprio vigore*. The appellants’ claim that night hunting does go to Indianness is based on their right to hunt under the Douglas Treaty. In order to determine, then, whether the ban applies to them *ex proprio vigore*, we must ascertain the scope and extent of the right to hunt enshrined in that treaty.

102 The treaty right is set out in para. 2 of the Douglas Treaty, which reads:

It is understood, however, that the land itself, with these small exceptions, becomes the entire property of the white people for ever; it is also understood that we are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly.

103 This case proceeded on the Crown’s concession that the words “as formerly” modified the “liberty to hunt over the unoccupied lands” as well as the “liberty . . . to carry on our fisheries”. In our view, this branch of the matter merits little discussion: The scope of the right to hunt under the Douglas Treaty is not at all dependant on the Crown’s concession.

104 For ease of reference, we recall here the findings below.

105 In the Court of Appeal, Lambert J.A. defined the appellants’ treaty right as the right to hunt for food and ceremonial purposes according to the Indians’ preferred means in accordance with their own laws, customs, traditions and practices, and the safety practices which regulate the manner of hunting (para. 49). Huddart J.A. found that the treaty protected only those rights that are “integral to the distinctive culture” of the Tsartlip (para. 208) and that night hunting, while a traditional practice of

VI

Comme nous avons déjà conclu que la mesure législative contestée relève d’un chef de compétence provincial valide et qu’elle n’entre en conflit avec aucune loi fédérale, nous devons maintenant déterminer si elle touche à l’« essentiel de l’indianité ». Si c’est le cas, elle s’applique par voie d’incorporation par l’art. 88; sinon elle s’applique d’elle-même. La prétention des appelants que la chasse nocturne touche effectivement à l’indianité repose sur le droit de chasse que leur confère le Traité de Douglas. Alors, pour déterminer si l’interdiction s’applique à eux d’elle-même, nous devons délimiter la portée et l’étendue du droit de chasse issu d’un traité qui est consacré dans ce traité.

Le droit en cause issu du Traité de Douglas est énoncé au par. 2 :

[TRADUCTION] Toutefois, il est bien entendu que la terre elle-même, ces exceptions minimales étant faites, devient la propriété pleine et entière des Blancs à perpétuité. Il est également entendu que nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois.

Le débat en l’espèce partait du principe que le ministère public avait concédé que le terme « comme autrefois » modifie à la fois « chasser sur les terres inoccupées » et « pêcher ». Nous estimons qu’il ne vaut pas la peine de s’attarder sur ce volet : la portée du droit de chasse prévu par le Traité de Douglas ne dépend aucunement de la concession faite par le ministère public.

Par souci de commodité, nous reproduisons ici les conclusions des instances inférieures.

À la Cour d’appel, le juge Lambert a défini le droit que le traité confère aux appelants comme étant le droit de chasser à des fins alimentaires et rituelles avec le moyen préféré des Indiens, en conformité avec leurs propres lois, coutumes, traditions et pratiques, et selon les pratiques sécuritaires qui régissent les méthodes de chasse (par. 49). Selon la juge Huddart, le traité ne protège que les droits qui font [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive des Tsartlip » (par. 208),

convenience, is not part of the core right to hunt protected by the treaty. Singh J. of the British Columbia Supreme Court held that the Douglas Treaty protected a right to hunt as well as the methods and means of hunting. He held nonetheless that the treaty right does not contemplate or, still less, confer a right to hunt dangerously, there being an implicit limitation to the treaty right that prevents unsafe hunting.

We prefer the interpretation of Singh J. In our respectful view, Huddart J.A.'s approach tends to blur the distinction between an aboriginal right and a treaty right and Lambert J.A.'s interpretation disregards the internal safety limitations to which that right is necessarily subject.

The scope of a treaty right and its internal limits is essentially a matter of treaty interpretation, which in turn refers us back to the intention of the parties to the treaty. "The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed" (*Marshall No. 1*, at para. 78, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting on other grounds).

When the Douglas Treaty was signed, hunting at night was not uncommon. Nor was it particularly dangerous. It would not have been surprising had both the Crown and the North Saanich aboriginals contemplated that the aboriginals would continue to hunt at night. At the time, this practice did not pose the same dangers as it does today (which dangers will be explained in detail below). And the parties may not have even had reason to anticipate that the dangers would grow. But they could not have believed that the right to hunt included a right to hunt dangerously. To impute that belief to them would do injustice to both parties and, would in addition, defy common sense.

et la chasse nocturne, quoique pratiquée traditionnellement pour des raisons de commodité, ne fait pas partie du droit fondamental de chasser garanti par le traité. Le juge Singh, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a jugé que le Traité de Douglas protégeait autant le droit de chasser que les méthodes et moyens utilisés pour la chasse. Il a néanmoins conclu que le droit issu du traité ne suppose pas et, encore moins, ne confère pas le droit de chasser dangereusement, car il est implicitement restreint dans le but d'empêcher la chasse dangereuse.

Nous privilégions l'interprétation du juge Singh. Soit dit en tout respect, nous estimons que l'approche adoptée par la juge Huddart tend à estomper la distinction entre un droit ancestral et un droit issu d'un traité, et que l'interprétation du juge Lambert ne tient pas compte des limites intrinsèques — en matière de sécurité — que comporte nécessairement ce droit.

La détermination de la portée d'un droit issu d'un traité et de ses limites intrinsèques est essentiellement une question d'interprétation du traité, qui, à son tour, nous renvoie à l'intention des parties au traité. « L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature » (*Marshall n^o 1*, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente pour d'autres motifs).

Au moment de la signature du Traité de Douglas, la chasse nocturne n'était pas inhabituelle, ni particulièrement dangereuse. Personne n'aurait été étonné si la Couronne et les Autochtones de Saanich nord avaient envisagé de permettre aux Autochtones de continuer à chasser la nuit. À l'époque, cette pratique ne présentait pas les mêmes dangers qu'aujourd'hui (lesquels seront précisés plus loin). Et les parties n'avaient peut-être même aucune raison de prévoir que les dangers s'accroîtraient. Mais elles ne pouvaient pas croire que le droit de chasser comprenait le droit de chasser dangereusement. Ce serait une injustice à leur égard de leur prêter cette croyance et ce serait, en plus, contraire au bon sens.

106

107

108

- 109 We use the phrase “hunting dangerously” or “hunting in an unsafe manner” or like expressions in this decision to signify hunting in a manner or under conditions that involve an inherent and especially elevated risk to the lives and safety of others.
- Nous employons l’expression « chasser dangereusement » ou d’autres expressions similaires dans les présents motifs pour parler de la chasse se faisant d’une manière ou dans des conditions qui comportent un risque particulièrement élevé pour la vie et la sécurité d’autrui.
- 110 In our view, the parties to the Douglas Treaty must have understood that the right to hunt did not carry with it a right to hunt in an unsafe manner. They must have understood as well that the Crown did not abdicate its interests or its responsibilities in this regard. The Crown was preoccupied by the need to secure the safety of the settlers. Hunting in an unsafe manner could not have been thought to serve the interests of the aboriginals any more than the interests of the Crown. To find that the Douglas Treaty enshrined a right to hunt in an unsafe manner is plainly irreconcilable with the third *Marshall* principle: Treaties must be interpreted in a manner that best reconciles the interests of the parties to it.
- À notre avis, les parties au Traité de Douglas devaient comprendre que le droit de chasser n’englobe pas le droit de chasser dangereusement. Elles devaient également comprendre que la Couronne ne renonçait pas à ses intérêts ni à ses responsabilités à cet égard. Celle-ci était préoccupée par la nécessité d’assurer la sécurité des colons. Personne n’aurait pu penser que la chasse dangereuse sert les intérêts des Autochtones ou ceux de la Couronne. Conclure que le Traité de Douglas consacre le droit de chasser dangereusement est tout simplement incompatible avec le troisième principe énoncé dans *Marshall* : les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties.
- 111 On this point, we find the reasoning of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Paul* (1993), 142 N.B.R. (2d) 55, in relation to an aboriginal treaty right to hunt next to private dwellings, particularly compelling:
- Sur ce point, nous trouvons particulièrement convaincant le raisonnement adopté par la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 55, relativement au droit de chasse issu d’un traité qui est exercé près des habitations :
- In my view, Mr. Paul’s treaty rights must be considered in the context of their exercise. Lamer J., as he then was, said in *Sioui* at p. 1072 that he “could not believe that the Hurons ever believed that the *Treaty* [of 1760] ever gave them the right to cut down trees in a garden as part of their right to carry on their customs”. Similarly, and unlike the trial judge, who said that “status Indians” may exercise their treaty rights even in a manner that “is inherently dangerous”, I cannot believe that the Indians of the St. John ever believed that they could exercise the rights given them in the *Treaty of Boston* of 1725 in an unsafe manner. . . . [para. 18]
- [TRADUCTION] À mon avis, les droits issus de traités dont jouit M. Paul doivent être examinés à la lumière de leur exercice. À la page 1072 de l’arrêt *Sioui*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a dit qu’il ne pouvait « pas croire que les Hurons aient jamais cru que le *Traité* [de 1760] leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d’une maison en vertu de leur droit d’exercer leurs coutumes ». De la même façon, et à la différence du juge du procès qui a dit que les « Indiens inscrits » peuvent exercer leurs droits issus de traités même d’une manière qui est « dangereu[se] en soi », je ne peux pas croire que les Indiens de la rivière Saint John aient jamais cru qu’ils pouvaient exercer les droits qui leur sont accordés par le *Traité de Boston* de 1725 de façon dangereuse. . . . [par. 18]
- 112 The ninth principle of treaty interpretation laid down in *Marshall No. 1* further supports this conclusion: “Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are
- Le neuvième principe d’interprétation des traités énoncé dans *Marshall n° 1* étaye, lui aussi, cette conclusion : « Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon

not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise.” (para. 78)

The appellants argue that using the ninth principle to restrict rather than expand the scope of a treaty right would “turn this [principle] on its head”.

As will be more fully explained below, since 1852, the dangers of night hunting have been amplified with the development of modern weaponry. In our view, treaty rights are not impervious to changes of this sort. They do not evolve in a social, environmental or technological vacuum. A right to hunt is not transformed into a right to hunt in an unsafe manner by disregarding unforeseen dangers or new risks.

Quite the contrary, the ninth principle simply acknowledges that treaties must be interpreted in a manner that contemplates their exercise in modern society. Just as the methods and means of exercising the right should not be frozen in time, neither should the government’s legitimate safety concerns. Adapting the exercise of treaty rights to modern weaponry without adapting the corollary legitimate safety concerns would lead to unacceptable results. One cannot reasonably focus on the former and turn a blind eye to the latter.

In *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, this Court held that only the logical evolution of a pre-treaty practice will attract treaty protection. In that case, the evidence showed only a pre-treaty practice of some limited trade in wood products. This evidence was insufficient to establish a treaty right to engage in commercial logging. McLachlin C.J., for the majority, described the standard in these terms:

statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. » (par. 78)

Les appelants prétendent que le recours au neuvième principe pour restreindre la portée d’un droit issu d’un traité, au lieu de l’élargir, reviendrait à inverser ce principe.

Comme il sera expliqué plus en détail plus loin, depuis 1852 les dangers de la chasse nocturne s’amplifient avec le développement des armes modernes. À notre avis, les droits issus de traités ne sont pas imperméables aux changements de cette nature. Ils n’évoluent pas dans un vide social, environnemental ou technologique. Le droit de chasser ne se transforme pas en droit de chasser de façon dangereuse, sans qu’il soit tenu compte de dangers imprévus ou de nouveaux risques.

Bien au contraire, le neuvième principe reconnaît simplement que l’interprétation des traités doit tenir compte de l’exercice des droits en question dans la société moderne. Tout comme les méthodes et moyens employés pour l’exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l’être non plus. Adapter l’exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. On ne pourrait raisonnablement insister sur le premier élément et fermer les yeux sur le second.

Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la Cour a statué que seule l’évolution logique d’une pratique préalable au traité peut bénéficier de la protection du traité. Dans cette affaire, la preuve révèle seulement la pratique d’un commerce de produits du bois relativement restreint avant la conclusion du traité. Cette preuve n’est pas suffisante pour permettre d’établir l’existence d’un droit issu d’un traité qui permet l’exploitation forestière à l’échelle commerciale. Au nom de la Cour, la juge en chef McLachlin a décrit la norme applicable en ces termes :

113

114

115

116

Of course, treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made; *Marshall 2*, at para. 20. Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology. But the activity must be essentially the same. “While treaty rights are capable of evolution within limits, . . . their subject matter . . . cannot be wholly transformed” (*Marshall 2*, at para. 19). [para. 25]

117 In our view, when the same sort of activity carried on in the modern economy by modern means is inherently dangerous, that dangerous activity will not be a logical evolution of the treaty right.

118 It is true, as the appellants assert, that the treaty protects from encroachment the means and methods of its exercise, such as: timing of the hunt (*R. v. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.), aff’g (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.); “season, method [and] limit” of the hunt (*Sutherland*, at p. 460); “method, timing and extent” of the hunt (*Badger*, at para. 90)).

119 However, the fact that the treaty protects the means and methods of hunting does not negate the internal limit on the right: the treaty hunting right does not include the right to hunt in a manner that endangers the safety of the hunter or others. Because dangerous hunting falls outside the scope of the protected treaty right, the province is free to regulate in this area. The issue of safety was not addressed in *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81, and that case’s reference to night hunting should not be understood without reference to the subsequent jurisprudence of this Court with respect to safety, including *Myran*, which dealt specifically with the proper interpretation of *Prince*.

Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s’agit d’établir si l’activité commerciale actuelle en cause procède de l’évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : *Marshall 2*, par. 20. L’évolution logique suppose le même type d’activité, exercée dans l’économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l’activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d’évolution [. . .] leur objet ne peut [. . .] être transformé du tout au tout » (*Marshall 2*, par. 19). [par. 25]

À notre avis, lorsqu’une activité du même type, exercée dans l’économie moderne avec des moyens modernes, est intrinsèquement dangereuse, cette activité dangereuse ne pourra être considérée comme étant l’évolution logique du droit issu d’un traité.

Certes, comme l’affirment les appelants, le traité protège contre l’empiétement les moyens et méthodes utilisés pour l’exercice d’un droit issu d’un traité, par exemple pour tout ce qui touche à la période de chasse (*R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.), conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), « aux saisons, aux méthodes [et] à la limite de prise » (*Sutherland*, p. 460) ainsi qu’aux modes et périodes de chasse, et à l’ampleur de la chasse (*Badger*, par. 90)).

Cependant, le fait que le traité protège les moyens et méthodes de chasse n’écarte pas la limite intrinsèque du droit : le droit de chasse issu d’un traité ne comporte pas le droit de chasser d’une manière qui mette en danger la sécurité du chasseur ou d’autrui. Étant donné que la chasse dangereuse ne relève pas d’un droit protégé par traité, la province est libre de régler ce domaine. Dans *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, la question de la sécurité n’a pas été abordée et il ne faut pas interpréter l’affaire, lorsqu’il est fait mention de la chasse nocturne, sans tenir compte de la jurisprudence subséquente de la Cour relativement à la question de sécurité, notamment *Myran*, où la Cour traitait précisément de la juste interprétation de *Prince*.

In *Myran*, Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, explained the interplay between “means and methods” jurisprudence and safety this way:

I think it is clear from *Prince* . . . that an Indian of the Province is free to hunt or trap game in such numbers, at such times of the year, by such means or methods and with such contrivances, as he may wish, provided he is doing so in order to obtain food for his own use and on unoccupied Crown lands or other lands to which he may have a right of access. But that is not to say that he has the right to hunt dangerously and without regard for the safety of other persons in the vicinity. *Prince* . . . deals with “method”. Neither that case nor those which preceded it dealt with the protection of human life. I agree with what was said in the present case by Mr. Justice Hall in the Court of Appeal for Manitoba:

In the present case the governing statute is *The Wildlife Act, supra*, and in particular Sec. 41(1) thereof. Section 10(1) under which the accused were charged does not restrict the type of game, nor the time or method of hunting, but simply imposes a duty on every person of hunting with due regard for the safety of others. Does that duty reduce, detract or deprive Indians of the right to hunt for food on land to which they have a right of access? If one regards that right in absolute terms the answer is clearly in the affirmative; but is that the case? Surely the right to hunt for food as conferred or bestowed by the agreement and affirmed by the statute cannot be so regarded. Inherent in the right is the quality of restraint, that is to say that the right will be exercised reasonably. Section 10(1) is only a statutory expression of that concept, namely that the right will be exercised with due regard for the safety of others, including Indians. [pp. 141-42]

The overarching principle, now firmly entrenched in our jurisprudence, is that public safety enjoys preeminent status in matters of this kind. Or to use the words of *Myran*, the right must be exercised reasonably.

VII

We have concluded that the treaty right to hunt upon which the appellants rely in this case is subject to the internal limit that it cannot be exercised in a manner that is dangerous to the safety of the hunter or others. This is a general description of the limitation. We must still determine how this internal limit may be validly expressed in the

Dans *Myran*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, a expliqué l'interaction entre la jurisprudence traitant des « moyens et méthodes » et la question de sécurité en ces termes :

L'arrêt *Prince* [. . .] montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès. Toutefois, il n'a pas le droit de chasser dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage. L'arrêt *Prince* [. . .] traite des moyens permis. Ni cet arrêt ni ceux qui l'ont précédé n'ont traité de la protection de la vie humaine. Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge Hall à la Cour d'appel du Manitoba dans la présente cause :

[TRADUCTION] La loi applicable est [la] *Wildlife Act, supra*, notamment l'art. 41(1). L'art. 10(1), en vertu duquel les accusés ont été inculpés ne restreint pas le type de gibier, le temps ou la méthode de chasse, il impose seulement l'obligation de chasser en ayant égard à la sécurité d'autrui. Cette prescription est-elle une restriction ou une atteinte au droit des Indiens de chasser pour leur nourriture sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès? Si l'on prend ce droit en termes absolus, la réponse est clairement affirmative; mais est-ce le cas? Non, le droit de chasser pour se nourrir, conféré ou attribué par l'accord et ratifié par la loi, ne peut pas être vu de cette façon. Il y a une restriction inhérente au droit, il faut l'exercer raisonnablement. L'article 10(1) n'est que l'énoncé législatif de ce concept, à savoir que le droit sera exercé en ayant égard à la sécurité d'autrui, y compris celle des Indiens. [p. 141-142]

Selon ce principe prépondérant, solidement ancré dans notre jurisprudence, la sécurité publique prévaut dans ce genre d'affaire. Ou bien, pour reprendre les termes employés dans *Myran*, il faut exercer ce droit raisonnablement.

VII

Nous avons conclu que le droit de chasse issu d'un traité invoqué par les appelants en l'espèce comporte la limite intrinsèque qu'il ne peut être exercé d'une manière dangereuse pour le chasseur ou autrui. C'est là une description générale de la limitation. Il reste maintenant à déterminer comment cette limite intrinsèque peut être validement

120

121

122

regulatory context. Are the courts limited to case-by-case after the fact inquiries into whether a particular hunter on a particular occasion exercised the treaty right to hunt unsafely? Or can the province pass legislation or adopt regulations that define the limits of the right in a way that can be administered and understood by the aboriginal community?

123 The answer to this question is found in this Court's jurisprudence, which affirms the right of the province to determine and direct in advance the limits of a treaty right in a particular regulatory context, provided it does so reasonably. As Cory J., writing for the majority in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, stated:

It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group are necessarily limited by the rights of another. . . . The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. . . . Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society. [Emphasis added; para. 92.]

124 Similarly, in *Marshall No. 1*, the Court, after concluding that the treaty right to fish was inherently limited to quantities reasonably expected to produce a moderate livelihood, stated:

Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation and enforced without violating the treaty right. In that case, the regulations would accommodate the treaty right. Such regulations would *not* constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard. [Emphasis in original; para. 61.]

The Court reaffirmed the province's right to define the reasonable limits of treaty rights through regulation in *Marshall No. 2*, stating:

exprimée dans le contexte de la réglementation. Les tribunaux sont-ils réduits à procéder au cas par cas pour décider, après examen des faits, si un chasseur en particulier a, à une occasion donnée, exercé de façon dangereuse le droit de chasse issu d'un traité? Ou les provinces peuvent-elles, par des lois ou des règlements, définir les limites du droit d'une manière qui puisse être administrée et comprise par la collectivité autochtone?

La réponse à cette question réside dans la jurisprudence de la Cour, laquelle confirme le droit des provinces d'établir et de régir au préalable les limites d'un droit issu d'un traité dans un contexte de réglementation particulier, pourvu qu'elles le fassent de façon raisonnable. Comme l'a dit le juge Cory, au nom de la majorité dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 :

Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. [. . .] Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. [. . .] La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société. [Nous soulignons; par. 92.]

Dans la même veine, après avoir conclu que le droit de pêche issu d'un traité était intrinsèquement limité par le nombre de prises dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il permette de s'assurer une subsistance convenable, la Cour a affirmé dans *Marshall n° 1* :

Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait ce droit et *ne* constituerait *pas* une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*. [En italique dans l'original; par. 61.]

La Cour a réaffirmé dans *Marshall n° 2* le droit de la province de définir par règlement les limites raisonnables des droits issus de traités :

. . . regulations that do no more than reasonably *define* the Mi'kmaq treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the Mi'kmaq community that holds the treaty rights do not impair the exercise of the treaty right . . . [Underlining added; para. 37.]

These holdings are consistent with this Court's assertion in *Myran* that the treaty right must be exercised in a reasonable manner. Reasonable regulatory restrictions, including blanket prohibitions, which address legitimate safety concerns, will not infringe the treaty right.

The question before us is thus whether the province's ban on night hunting constitutes a reasonable exercise of the province's power to regulate the internal safety limit on the appellants' treaty right. Or, put differently, is this ban a reasonable way, in the regulatory context of the Province of British Columbia, to articulate the internal safety limitation on the treaty right to hunt?

The trial judge found that it was. He stated:

[I]t is undeniably true that the Province of British Columbia has taken a firm and consistent attitude against night hunting, based upon the advice from conservation officers, that the practice is inherently unsafe. Certainly the evidence in this case supports such a finding. It is night hunting that brings added and unacceptable danger, according to the evidence. The evidence establishes that it is dangerous to permit the use of high-powered rifles in the dark, and to leave it to individual hunters to use their common sense to minimize those risks in the face of a sudden opportunity to kill game.

[I]t is apparent that the use of lights at night brings a new set of problems, even as it eliminates others. Most important, it brings the problem of tunnel vision, where the hunter becomes so focussed on the illuminated target, he tends to fail to be sufficiently aware of the periphery of his view, or even the background. This leads to a significant risk of accidental injury to persons or property. I do not question that proper training and

. . . un règlement qui se contente de *définir* raisonnablement le droit issu de traité des Mi'kmaq d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté mi'kmaq titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit . . . [Nous soulignons; par. 37.]

Ces conclusions sont compatibles avec l'affirmation de la Cour dans *Myran* selon laquelle le droit issu d'un traité doit être exercé de manière raisonnable. Les restrictions réglementaires raisonnables, y compris les interdictions générales, qui ont trait à des préoccupations légitimes en matière de sécurité ne porteront pas atteinte au droit issu d'un traité.

La Cour doit donc déterminer si l'interdiction de la province concernant la chasse nocturne constitue un exercice raisonnable de son pouvoir de réglementer la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit conféré par traité aux appelants. Autrement dit, est-ce que, dans le contexte de la réglementation en Colombie-Britannique, cette interdiction constitue une façon raisonnable d'exprimer la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit de chasse issu d'un traité?

Voici ce qu'a dit le juge du procès :

[TRADUCTION] [O]n ne saurait nier que l'opposition de la Colombie-Britannique à la chasse nocturne a été ferme et constante, suivant les conseils des agents de conservation selon lesquels cette pratique est intrinsèquement dangereuse. La preuve en l'espèce étaye certainement cette conclusion. Selon la preuve, c'est la chasse nocturne qui accroît le danger et le rend inacceptable. Il ressort de la preuve qu'il est dangereux d'autoriser l'usage de carabines de haute puissance dans l'obscurité et de se fier au bon sens des chasseurs pour minimiser ces risques devant la chance qu'ils ont soudainement de tuer un gibier.

[L]e recours à des lampes la nuit engendre manifestement de nouveaux problèmes, même s'il en élimine d'autres. Le problème le plus grave est celui du rétrécissement concentrique du champ visuel : l'attention du chasseur est tellement centrée sur la cible éclairée par la source lumineuse que sa vision périphérique tend à lui échapper, tout comme l'arrière-plan. Ce problème entraîne un grand risque de blessures accidentelles à

125

126

127

other measures can be taken to reduce the risk, but we do not live in a perfect world. The statutory provision is directed at the issue of safety, and is reasonable on its face as a measure to help ensure that needless risk is avoided. [paras. 11 and 13]

128

These findings, shared by trial and appellate courts across the country, are manifestly reasonable. See *R. v. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 (B.C.C.A.); *R. v. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi; *R. v. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260 (Que. C.A.); *R. v. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL) (Prov. Div.); *R. v. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL) (Prov. Div.); *R. v. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL) (C.J.); *R. v. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260 (B.C. Prov. Ct.); *R. v. Barlow* (2000), 228 N.B.R. (2d) 289 (Q.B.), leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner v. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. v. Augustine* (2001), 232 N.B.R. (2d) 313 (Q.B.), leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. v. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. v. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. v. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318. For the opposing view see: *R. v. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181 (Sask. Prov. Ct.); *R. v. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL) (Prov. Div.); and *R. v. Polches* (2005), 289 N.B.R. (2d) 72, 2005 NBQB 137.

129

The conclusion that a ban on night hunting is a reasonable exercise of the Province's regulatory power in defining the internal limit on the treaty right flows naturally and logically from the defining feature of nighttime — that is, darkness. The evidence at trial was more than sufficient to establish that one's ability to identify objects, estimate distances and observe background and surrounding items is greatly diminished in the dark, posing a real danger to other members of the public.

autrui ou de dommages accidentels à des biens. Je ne doute pas qu'une formation pertinente et d'autres mesures permettent de réduire le risque, mais la perfection n'est pas de ce monde. La disposition législative vise la sécurité et, à première vue, elle constitue une mesure raisonnable pour éviter que des risques inutiles se produisent. [par. 11 et 13]

Ces conclusions, auxquelles se rallient des tribunaux de première instance et d'appel partout au pays, sont manifestement raisonnables. Voir *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 (C.A.C.-B.); *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260 (C.A. Qué.); *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL) (Div. prov.); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL) (Div. prov.); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) (C. prov.); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL) (C.J.); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260 (C. prov. C.-B.); *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 289 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2^e) 313 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318. Pour l'opinion contraire, voir : *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181 (C. prov. Sask.); *R. c. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL) (Div. prov.); et *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2^e) 72, 2005 NBQB 137.

La conclusion que l'interdiction de la chasse nocturne est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir la limite intrinsèque du droit issu d'un traité découle naturellement et logiquement de la caractéristique déterminante de la nuit : l'obscurité. Par ailleurs, la preuve produite au procès suffit amplement pour établir que la capacité de reconnaître des objets, d'évaluer les distances et d'observer les éléments situés à l'arrière-plan et en périphérie est grandement réduite dans l'obscurité, ce qui présente un danger réel pour les autres membres du public.

This added danger to hunting causes the risks associated with hunting at nighttime with a firearm to be unacceptably high. The *Wildlife Act* prohibition is a reasonable response to a real danger.

In *Seward*, the British Columbia Court of Appeal put it succinctly:

The introduction of rifles has significantly heightened the danger of hunting. Not just the hunters, but anyone within a mile radius of a hunter is at risk. This is especially so at night when the fact of darkness transforms a dangerous endeavour into a hazardous one. It does not matter that an individual might be able to hunt at night without injuring anyone, the fact is that the possibility of death or injury is increased when visibility is decreased and one or more hunters are in the woods. [para. 47]

The impugned legislation thus regulates an area which lies entirely outside the treaty right to hunt. It therefore does not conflict at all with the treaty right. No aboriginal right is asserted, and absent a conflicting treaty or aboriginal right, reasonable provincial safety regulation of dangerous hunting practices cannot be said to intrude upon “core Indianness”. It follows that the *Wildlife Act* prohibition on night hunting with a firearm is a valid provincial law applicable to the appellants *ex proprio vigore* and without recourse to s. 88.

We are not persuaded by the appellants’ submission that the provincial power to legislate with respect to safety is restricted to the ability to prohibit unsafe hunting in a *general* manner. If provinces can prohibit “unsafe hunting”, there is no reason why they should be precluded from identifying particular practices that are unsafe. This falls within the power of the provinces to reasonably regulate the internal limits on treaty rights, affirmed in *Marshall No. 1* and *No. 2* and *Sundown*.

Ce danger qui s’ajoute à ceux de la chasse fait que les risques associés à la chasse nocturne avec une arme à feu atteignent un niveau trop élevé pour être acceptables. L’interdiction prévue par la *Wildlife Act* représente une solution raisonnable pour éviter un danger réel.

Dans *Seward*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a déclaré succinctement :

[TRADUCTION] L’introduction de carabines a fortement accru les dangers de la chasse. Ce ne sont pas seulement les chasseurs qui sont exposés aux risques; c’est aussi toute personne qui se trouve dans un rayon d’un mille autour du chasseur. Cela est d’autant plus vrai la nuit, où l’obscurité ajoute un élément de hasard. Peu importe qu’une personne soit capable de chasser la nuit sans blesser qui que ce soit, il demeure que le risque de décès ou de blessures s’accroît lorsque la visibilité est réduite et qu’il y a plusieurs chasseurs dans le bois. [par. 47]

La mesure législative contestée régit donc un champ complètement différent de celui visé par le droit de chasse issu d’un traité. Elle n’entre donc pas du tout en conflit avec le droit issu d’un traité. Aucun droit ancestral n’est invoqué et, en l’absence d’un droit ancestral ou issu d’un traité incompatible, on ne peut affirmer qu’une réglementation provinciale raisonnable en matière de sécurité qui vise les pratiques de chasse dangereuses empiète sur l’« essentiel de l’indianité ». Il s’ensuit que l’interdiction prévue par la *Wildlife Act* de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide qui s’applique d’elle-même aux appelants, sans qu’il ne soit nécessaire de recourir à l’art. 88.

Nous ne sommes pas convaincus par l’argument des appelants que le pouvoir d’une province de légiférer en matière de sécurité se limite à sa capacité d’interdire, de façon *générale*, la chasse dangereuse. Si les provinces peuvent interdire la « chasse dangereuse », il n’y a pas de raison qu’elles ne puissent pas désigner certaines pratiques comme étant dangereuses. Cette fonction relève du pouvoir des provinces de réglementer de façon raisonnable les limites intrinsèques des droits issus de traités, confirmé dans *Marshall n° 1* et *n° 2* et *Sundown*.

130

131

132

133

134 Finally, we offer two brief observations concerning the joint reasons of Justices Deschamps and Abella.

135 First, in their view, the question on this appeal is the extent to which, if at all, provinces may validly interfere with treaty rights. With respect, we only reach that question if the impugned provincial legislation is first found to affect a treaty right. In this case, we are agreed that the Douglas Treaty does not confer a right to hunt dangerously. This renders hypothetical the question posed by our colleagues.

136 Second, Justices Deschamps and Abella find that a ban on hunting with a modern firearm at night is overly broad. They believe that the Douglas Treaty countenances only more limited prohibitions. In our respectful view, this constraint undermines the objective of legislation relating to a hunting practice which courts have consistently found inherently involves an unacceptable and elevated risk to the public.

137 The constitutional questions in the present appeal were stated as follows:

1. Do ss. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, constitutionally apply of their own force to the appellants in view of Parliament's exclusive legislative authority under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*?
2. If not, do ss. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, nonetheless apply to the appellants by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5?

138 Since the proceedings relating to s. 27(1)(e) were conditionally stayed and no objection was made on appeal, it is not necessary for purposes of this appeal to assess the constitutionality of s. 27(1)(e).

139 With respect to s. 27(1)(d), the first question should be answered in the affirmative. Having

Enfin, deux brèves observations concernant les motifs conjoints des juges Deschamps et Abella.

Premièrement, à leur avis, il s'agit de savoir en l'espèce dans quelle mesure, le cas échéant, les provinces peuvent valablement intervenir dans les questions des droits issus de traités. Soit dit en tout respect, nous estimons que, pour répondre à cette question, il faut d'abord établir que la mesure législative provinciale contestée porte atteinte à un droit issu d'un traité. En l'espèce, nous sommes d'accord pour dire que le Traité de Douglas ne confère pas le droit de chasser dangereusement. Cela rend hypothétique la question posée par nos collègues.

Deuxièmement, les juges Deschamps et Abella estiment que l'interdiction de chasser la nuit avec une arme à feu moderne est d'une portée trop large. À leur avis, le Traité de Douglas tolère seulement des interdictions plus limitées. À notre humble avis, cette restriction compromet la réalisation de l'objectif de tout texte législatif concernant une pratique de chasse dont les tribunaux ont, de façon constante, considéré qu'elle comporte un risque inacceptable et élevé pour le public.

Les questions constitutionnelles posées en l'espèce sont ainsi formulées :

1. Les alinéas 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57, sont-ils constitutionnellement applicables d'eux-mêmes aux appelants, compte tenu de la compétence législative exclusive que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement?
2. Dans la négative, les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.C.B. 1982, ch. 57, s'appliquent-ils néanmoins aux appelants par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

Étant donné la suspension conditionnelle des procédures fondées sur l'al. 27(1)e) et l'absence d'objection en appel, il n'est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, d'évaluer la constitutionnalité de l'al. 27(1)e).

En ce qui concerne l'al. 27(1)d), il faut répondre par l'affirmative à la première question. Vu la

concluded that s. 27(1)(d) of the *Wildlife Act* is a reasonable law of general application directed at safety that does not engage the appellants' treaty rights, and which applies *ex proprio vigore*, it is not necessary to answer the second question.

For these reasons, we would dismiss the appeal.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and BASTARACHE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Saskatchewan Justice, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitor for the intervener the Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw): Diane Soroka Barrister and Solicitor Inc., Westmount.

Solicitors for the intervener the Red Rock Indian Band: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Solicitors for the intervener Conseil de la Nation huronne-wendat: Langlois Kronström Desjardins, Québec.

conclusion que l'al. 27(1)d de la *Wildlife Act* est une disposition d'application générale raisonnable visant la sécurité qui n'entre pas en conflit avec les droits conférés par le traité aux appelants et qui s'applique d'elle-même, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges BASTARACHE et FISH sont dissidents.

Procureurs des appelants : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Saskatchewan Justice, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw) : Diane Soroka Barrister and Solicitor Inc., Westmount.

Procureurs de l'intervenante la bande indienne de Red Rock : Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat : Langlois Kronström Desjardins, Québec.

Solicitors for the intervener Te'mexw Treaty Association: Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener Chief Allan Claxton: Woodward and Co., Victoria.

Procureurs de l'intervenant le chef Allan Claxton : Woodward and Co., Victoria.

Solicitors for the intervener Chief Roger William: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le chef Roger William : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.