

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations, the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Pacific Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., the Fisheries Council of British Columbia, the United Fishermen and Allied Workers' Union, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SPARROW

File No.: 20311.

1988: November 3; 1990: May 31.

Present: Dickson C.J. and McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Fishing rights — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12, 27(1), (4).

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Ronald Edward Sparrow *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^a

et

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations, la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Pacific Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild, Deep Sea Trawlers' Association of B.C., le Fisheries Council of British Columbia, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SPARROW

N° du greffe: 20311.

^g

1988: 3 novembre; 1990: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

^h

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

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits de pêche — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12, 27(1), (4).

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Interpretation — Indian convicted of fishing with net larger than permitted by Band's licence — Whether or not net length restriction inconsistent with s. 35(1) of Constitution Act, 1982.

Appellant was charged in 1984 under the *Fisheries Act* with fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of his Band's Indian food fishing licence. He admitted that the facts alleged constitute the offence, but defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence was invalid in that it was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Appellant was convicted. The trial judge found that an aboriginal right could not be claimed unless it was supported by a special treaty and that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accordingly had no application. An appeal to County Court was dismissed for similar reasons. The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Its decision was appealed and cross-appealed. The constitutional question before this Court queried whether the net length restriction contained in the Band's fishing licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

Section 35(1) applies to rights in existence when the *Constitution Act, 1982* came into effect; it does not revive extinguished rights. An existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.

The Crown failed to discharge its burden of proving extinguishment. An aboriginal right is not extinguished merely by its being controlled in great detail by the regulations under the *Fisheries Act*. Nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations demonstrated a clear and plain intention to extinguish the Indian

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Interprétation — Indien reconnu coupable d'avoir pêché avec un filet plus long que celui autorisé par le permis de la bande — La restriction quant à la longueur du filet est-elle incompatible avec l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

En 1984, l'appelant a été accusé, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne à laquelle il appartenait. Il a reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était invalide pour cause d'incompatibilité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'appelant a été déclaré coupable. Le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité particulier, et que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Un appel devant la Cour de comté a été rejeté pour des motifs semblables. La Cour d'appel a statué que les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Son arrêt fait l'objet d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. La question constitutionnelle soumise à la Cour est de savoir si la restriction imposée dans le permis de pêche de la bande quant à la longueur des filets est incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Le paragraphe 35(1) s'applique aux droits qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il ne vient pas rétablir des droits éteints. Un droit ancestral existant ne saurait être interprété de façon à englober la manière précise dont il était réglementé avant 1982. L'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit. Un droit ancestral n'est pas éteint du seul fait que son exercice fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Ni la *Loi sur les pêcheries* ni ses règlements d'application détaillés ne font état d'une

aboriginal right to fish. These fishing permits were simply a manner of controlling the fisheries, not of defining underlying rights. Historical policy on the part of the Crown can neither extinguish the existing aboriginal right without clear intention nor, in itself, delineate that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can, however, regulate the exercise of that right but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, at the least, provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place and affords aboriginal peoples constitutional protection against provincial legislative power. Its significance, however, extends beyond these fundamental effects. The approach to its interpretation is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself.

Section 35(1) is to be construed in a purposive way. A generous, liberal interpretation is demanded given that the provision is to affirm aboriginal rights. The provision is not subject to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Any law or regulation affecting aboriginal rights, however, will not automatically be of no force or effect by the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Legislation that affects the exercise of aboriginal rights will be valid if it meets the test for justifying an interference with a right recognized and affirmed under s. 35(1).

Section 35(1) does not explicitly authorize the courts to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. The words "recognition and affirmation", however, incorporate the government's responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Federal legislative powers continue, including the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, but must be read together with s. 35(1). Federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights.

intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher. Ces permis de pêche constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents. La politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens ni ne permet en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* procure, tout au moins, un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises et accorde aux autochtones une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Son importance va toutefois au-delà de ces effets fondamentaux. La méthode à adopter pour l'interpréter est dérivée des principes généraux d'interprétation constitutionnelle, des principes relatifs aux droits ancestraux et des objets sous-jacents à la disposition constitutionnelle elle-même.

Il y a lieu d'interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise. Une interprétation généreuse et libérale s'impose étant donné que cette disposition vise à confirmer les droits ancestraux. La disposition n'est pas assujettie à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones ne sera pas automatiquement inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un texte législatif qui touche l'exercice de droits ancestraux sera valide s'il satisfait au critère applicable pour justifier une atteinte à un droit reconnu et confirmé au sens du par. 35(1).

Le paragraphe 35(1) n'autorise pas explicitement les tribunaux à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. L'expression «reconnaissance et confirmation» comporte cependant la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais ces pouvoirs doivent être rapprochés du par. 35(1). Le pouvoir fédéral doit être concilié avec l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux.

The test for justification requires that a legislative objective must be attained in such a way as to uphold the honour of the Crown and be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. Section 35(1) does not promise immunity from government regulation in contemporary society but it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. The inquiry begins with a reference to the characteristics or incidents of the right at stake. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. While it is impossible to give an easy definition of fishing rights, it is crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake.

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

Here, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the exercise of the natives' right to fish for food. The issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right.

Le critère de la justification exige qu'un objectif législatif soit réalisé d'une manière qui préserve l'honneur de Sa Majesté et qui soit conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent actuellement entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. Le paragraphe 35(1) ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans la société contemporaine, mais il représente un engagement important de la part de la Couronne. En effet, le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. L'analyse commence par un examen des caractéristiques ou des attributs du droit en question. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. S'il est impossible de donner une définition simple des droits de pêche, il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause.

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

En l'espèce, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les autochtones de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. La question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche.

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This test involves two steps. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. The "public interest" justification is so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights. The justification of conservation and resource management, however, is uncontroversial.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue: the honour of the Crown in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. There must be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource.

Guidelines are necessary to resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. Any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing.

The justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. Section 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority and guarantees that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include: whether there has

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. Ce critère comporte deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. La justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si large qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée. La justification de la conservation et de la gestion des ressources ne soulève cependant aucune controverse.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification: l'honneur de Sa Majesté lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. Il doit y avoir un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource.

On a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition de ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance.

La norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le paragraphe 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité et garantissent que les plans de conservation et de gestion réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant

been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. This list is not exhaustive.

Cases Cited

Applied: *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **considered:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), aff'g (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (Sask. Q.B.); **distinguished:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.); **referred to:** *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), aff'd [1973] S.C.R. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation and The Queen* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (Alta. Q.B.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (N.B.Q.B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (U.S.S.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (B.C.S.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, art. 13.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 33.
Constitution Act, 1867, ss. 91(12), (24), 109.
Constitution Act, 1930.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52(1).
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 34, 61(1).
Quebec Boundaries Extension Act, 1912, S.C. 1912, c. 45.

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

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 700; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; **arrêts examinés:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Hare and Debassige* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. v. Eninew, R. v. Bear* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), conf. (1983), 7 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Sask.); **distinction d'avec l'arrêt:** *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.); **arrêts mentionnés:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), conf. [1973] R.C.S. 313; *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.); *Re Steinhauer and The Queen* (1985), 15 C.R.R. 175 (B.R. Alb.); *Martin v. The Queen* (1985), 17 C.R.R. 375 (B.R.N.-B.); *R. v. Agawa* (1988), 28 O.A.C. 201; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (D.P.I.); *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Johnson v. M'Intosh* (1823), 8 Wheaton 543 (S.C.É.-U.); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Pasco v. Canadian National Railway Co.*, [1986] 1 C.N.L.R. 35 (C.S.C.-B.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 33.
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), app. II, n° 10, art. 13.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), (24), 109.
Loi constitutionnelle de 1930.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52(1).
Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912, S.C. 1912, ch. 45.
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34, 61(1).
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.
Wildlife Act, S.B.C. 1966, c. 55.

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4, 12(1), (2), 27(1), (4).
Wildlife Act, S.B.C. 1966, ch. 55.

Authors Cited

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *In All Fairness: A Native Claims Policy—Comprehensive Claims*. Ottawa: 1981.
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*. Ottawa: 1969.
 Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
 Little Bear, Leroy. "A Concept of Native Title," [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
 Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
 McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 255.
 Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
 Sanders, Douglas. "Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada," in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
 Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1986.
 Slattery, Brian. "The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada" (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
 Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

a Doctrine citée

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *En toute justice: Une politique des revendications des autochtones: revendications globales*. Ottawa: 1981.
 Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada*. Ottawa: 1969.
 Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1916.
 Little Bear, Leroy. «A Concept of Native Title,» [1982] 5 *Can. Legal Aid Bul.* 99.
 Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
 McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 218.
 Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
 Sanders, Douglas. «Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada», in Gérald A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
 Schwartz, Bryan. *First Principles, Second Thoughts: Aboriginal People, Constitutional Reform and Canadian Statecraft*. Montréal: Institut de recherches politiques, 1986.
 Slattery, Brian. «The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada» (1984), 32 *Am. J. of Comp. Law* 361.
 Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, allowing an appeal from a judgment of Lamperson Co. Ct. J., [1986] B.C.W.L.D. 599, dismissing an appeal from conviction by Goulet Prov. Ct. J. Appeal and cross-appeal dismissed. The constitutional question should be sent back to trial to be answered according to the analysis set out in these reasons.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, 36 D.L.R. (4th) 246, [1987] 2 W.W.R. 577, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Lamperson de la Cour de comté, [1986] B.C.W.L.D. 599, qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Goulet de la Cour provinciale. Pourvoi et pourvoi incident rejetés. La question constitutionnelle doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse conformément à l'analyse exposée dans les présents motifs.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Lewis F. Harvey and Joanne Lysyk, for the appellant.

Thomas R. Braidwood, Q.C., and James E. Dorsey, for the respondent.

Harry A. Slade, Arthur Pape and Louise Mandell, for the intervener the National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations.

Christopher Harvey, for the interveners the B.C. Wildlife Federation, the Steelhead Society of British Columbia, the Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, the Pacific Gillnetters' Association, the Gulf Trollers' Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, the Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op Fishermen's Guild and the Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

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

Ian Donald, Q.C., for the intervener the United Fishermen and Allied Workers' Union.

J. T. S. McCabe, Q.C., and Michel Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

René Morin and Robert Décary, Q.C., for the intervener the Attorney General of Quebec.

E. Robert A. Edwards, Q.C., and Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Kenneth J. Tyler and Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

S. Ronald Stevenson, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LA FOREST J.—This appeal requires this Court to explore for the first time the scope of s. 35(1) of the *Constitution Act*,

Marvin R. V. Storrow, c.r., Lewis F. Harvey et Joanne Lysyk, pour l'appellant.

Thomas R. Braidwood, c.r., et James E. Dorsey, pour l'intimé.

Harry A. Slade, Arthur Pape et Louise Mandell, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations.

Christopher Harvey, pour les intervenants la B.C. Wildlife Federation, la Steelhead Society of British Columbia, la Pacific Fishermen's Defence Alliance, Northern Trollers' Association, la Pacific Gillnetters' Association, la Gulf Trollers' Association, la Prince Rupert Fishing Vessel Owners' Association, la Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia, la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, la Co-op Fishermen's Guild et la Deep Sea Trawlers' Association of B.C.

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

Ian Donald, c.r., pour l'intervenant le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

J. T. S. McCabe, c.r., et Michel Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

René Morin et Robert Décary, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Québec.

E. Robert A. Edwards, c.r., et Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kenneth J. Tyler et Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

S. Ronald Stevenson, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi nous oblige à examiner pour la première fois la portée du par. 35(1) de la *Loi*

1982, and to indicate its strength as a promise to the aboriginal peoples of Canada. Section 35(1) is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and provides as follows:

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

The context of this appeal is the alleged violation of the terms of the Musqueam food fishing licence which are dictated by the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and the regulations under that Act. The issue is whether Parliament's power to regulate fishing is now limited by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and, more specifically, whether the net length restriction in the licence is inconsistent with that provision.

Facts

The appellant, a member of the Musqueam Indian Band, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* of the offence of fishing with a drift net longer than that permitted by the terms of the Band's Indian food fishing licence. The fishing which gave rise to the charge took place on May 25, 1984 in Canoe Passage which is part of the area subject to the Band's licence. The licence, which had been issued for a one-year period beginning March 31, 1984, set out a number of restrictions including one that drift nets were to be limited to 25 fathoms in length. The appellant was caught with a net which was 45 fathoms in length. He has throughout admitted the facts alleged to constitute the offence, but has defended the charge on the basis that he was exercising an existing aboriginal right to fish and that the net length restriction contained in the Band's licence is inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore invalid.

The Courts Below

Goulet Prov. Ct. J., who heard the case, first referred to the very similar pre-*Charter* case of *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.),

constitutionnelle de 1982 et à indiquer la force qu'il peut avoir en tant que promesse faite aux peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(1), qui se trouve à la partie II de cette loi sous la rubrique «Droits des peuples autochtones du Canada», porte:

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

Le contexte de ce pourvoi est une allégation de violation des conditions du permis de pêche de subsistance des Musqueams, lesquelles conditions sont fixées par la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, et par ses règlements d'application. La question est de savoir si le pouvoir du Parlement de réglementer la pêche est maintenant restreint par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus précisément, de savoir si la restriction imposée dans le permis quant à la longueur du filet est incompatible avec cette disposition.

Les faits

L'appellant, un membre de la bande indienne des Musqueams, a été accusé en vertu du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries* d'avoir pêché avec un filet dérivant plus long que celui autorisé par le permis de pêche de subsistance de la bande indienne. L'infraction remonte au 25 mai 1984 alors que l'appellant pêchait dans le passage Canoe qui fait partie de la zone visée par le permis de la bande. Le permis, délivré pour une période d'un an à compter du 31 mars 1984, établissait un certain nombre de restrictions dont celle qui prévoyait que les filets dérivants ne devaient pas avoir plus de 25 brasses de longueur. L'appellant a été trouvé en possession d'un filet qui avait 45 brasses de longueur. Il a toujours reconnu les faits à l'origine de l'infraction, mais il a soutenu en défense qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, invalide.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Goulet qui a entendu l'affaire en Cour provinciale a d'abord mentionné une affaire très semblable survenue avant l'adoption de la *Charte*,

where this Court held that the aboriginal right to fish was governed by the *Fisheries Act* and regulations. He then expressed the opinion that he was bound by *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (B.C.C.A.), which held that a person could not claim an aboriginal right unless it was supported by a special treaty, proclamation, contract or other document, a position that was not disturbed because of the divided opinions of the members of this Court on the appeal which affirmed that decision ([1973] S.C.R. 313). Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* thus had no application. The alleged right here was not based on any treaty or other document but was said to have been one exercised by the Musqueam from time immemorial before European settlers came to this continent. He, therefore, convicted the appellant, finding it unnecessary to consider the evidence in support of an aboriginal right.

An appeal to Lamperson J. of the County Court of Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, was dismissed for similar reasons.

The British Columbia Court of Appeal (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, found that the courts below had erred in deciding that they were bound by the Court of Appeal decision in *Calder, supra*, to hold that the appellant could not rely on an aboriginal right to fish. Since the pronouncement of the Supreme Court of Canada judgment, the Court of Appeal's decision has been binding on no one. The court also distinguished *Calder* on its facts.

The court then dealt with the other issues raised by the parties. On the basis of the trial judge's conclusion that Mr. Sparrow was fishing in ancient tribal territory where his ancestors had fished "from time immemorial", it stated that, with the other circumstances, this should have led to the conclusion that Mr. Sparrow was exercising an existing aboriginal right. It rejected the Crown's contention that the right was no longer existing by reason of its "extinguishment by regulation". An aboriginal right could continue, though regulated.

savoir l'arrêt *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), où notre Cour a conclu que le droit ancestral de pêcher était régi par la *Loi sur les pêcheries* et ses règlements d'application. Il a ensuite exprimé l'avis qu'il était lié par l'arrêt *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1970), 74 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.), dans lequel on avait conclu qu'une personne ne peut revendiquer un droit ancestral à moins que celui-ci ne soit étayé par un traité, une proclamation, un contrat ou un autre document particulier, une position qui n'a pas été contredite en raison des opinions partagées des membres de notre Cour qui ont confirmé l'arrêt ([1973] R.C.S. 313). Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquait donc pas. Le droit invoqué en l'espèce n'était pas fondé sur un traité ou un autre document, mais on a affirmé qu'il était exercé par les Musqueams depuis des temps immémoriaux, bien avant la venue des colons européens sur le continent. Le juge a donc déclaré l'appelant coupable et jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la preuve à l'appui de l'existence d'un droit ancestral.

Le juge Lamperson de la Cour de comté de Vancouver, [1986] B.C.W.L.D. 599, a rejeté l'appel pour des motifs semblables.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300, a conclu que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur en décidant qu'ils étaient liés par l'arrêt *Calder*, précité, de la Cour d'appel et que l'appelant ne pouvait invoquer un droit de pêche ancestral. Depuis le jugement de la Cour suprême du Canada, l'arrêt de la Cour d'appel ne lie plus personne. La cour a également distingué les faits de l'affaire *Calder* de ceux du présent pourvoi.

La cour a ensuite examiné les autres questions soulevées par les parties. Se fondant sur la conclusion du juge de première instance que M. Sparrow pêchait dans un territoire ancien de la tribu où ses ancêtres avaient pêché «depuis des temps immémoriaux», la cour a affirmé que, compte tenu des autres circonstances, cet élément aurait dû conduire à la conclusion que M. Sparrow exerçait un droit ancestral existant. Elle a rejeté la prétention de Sa Majesté que le droit n'existait plus en raison de son [TRADUCTION] «extinction par règlement».

The court also rejected textual arguments made to the effect that s. 35 was merely of a preambular character, and concluded that the right to fish asserted by the appellant was one entitled to constitutional protection.

The issue then became whether that protection extended so far as to preclude regulation (as contrasted with extinguishment which did not arise in this case) of the exercise of that right. In its view, the general power to regulate the time, place and manner of all fishing, including fishing under an aboriginal right, remains. Parliament retained the power to regulate fisheries and to control Indian lands under ss. 91(12) and (24) of the *Constitution Act, 1867* respectively. Reasonable regulations were necessary to ensure the proper management and conservation of the resource, and the regulations under the *Fisheries Act* restrict the right of all persons including Indians. The court observed, at p. 330:

Section 35(1) of the Constitution Act, 1982 does not purport to revoke the power of Parliament to act under Head 12 or 24. The power to regulate fisheries, including Indian access to the fisheries, continues, subject only to the new constitutional guarantee that the aboriginal rights existing on 17th April 1982 may not be taken away.

The court rejected arguments that the regulation of fishing was an inherent aspect of the aboriginal right to fish and that such regulation must be confined to necessary conservation measures. The right had always been and continued to be a regulated right. The court put it this way, at p. 331:

The aboriginal right which the Musqueam had was, subject to conservation measures, the right to take fish for food and for the ceremonial purposes of the band. It was in the beginning a regulated, albeit self-regulated, right. It continued to be a regulated right, and on 17th April 1982, it was a regulated right. It has never been a fixed right, and it has always taken its form from the circumstances in which it has existed. If the interests of the Indians and other Canadians in the fishery are to be protected, then reasonable regulations to ensure the

Un droit ancestral peut toujours exister même s'il est réglementé. La cour a également rejeté des arguments textuels selon lesquels l'art. 35 tenait simplement d'un préambule et elle a conclu que le droit de pêche invoqué par l'appelant pouvait bénéficier d'une protection constitutionnelle.

Il fallait donc alors déterminer si cette protection allait jusqu'à interdire la réglementation (par opposition à l'extinction qui n'a pas été soulevée en l'espèce) de l'exercice de ce droit. De l'avis de la cour, le pouvoir général de réglementer les périodes, les lieux et les méthodes de pêche, y compris la pêche en vertu d'un droit ancestral, existait toujours. Le Parlement a conservé le pouvoir de réglementer les pêcheries et de contrôler les terres réservées aux Indiens en vertu des par. 91(12) et (24) respectivement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une réglementation raisonnable était nécessaire pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources et les règlements pris en application de la *Loi sur les pêcheries* restreignent le droit de tous, y compris les Indiens. La cour fait remarquer, à la p. 330:

[TRADUCTION] Le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 n'a pas pour but de révoquer le pouvoir que possède le Parlement en vertu des par. 12 ou 24. Le pouvoir de réglementer les pêcheries, y compris l'accès des Indiens aux pêcheries, existe toujours, sous réserve seulement de la nouvelle garantie constitutionnelle que les droits ancestraux existants le 17 avril 1982 ne peuvent être supprimés.

La cour a rejeté les arguments selon lesquels la réglementation de la pêche constituait un aspect inhérent du droit de pêche ancestral et que cette réglementation devait être restreinte aux mesures de conservation nécessaires. Ce droit avait toujours été réglementé et continuait de l'être. Voici comment la cour s'exprime, à la p. 331:

[TRADUCTION] Le droit ancestral des Musqueams était, sous réserve de mesures de conservation, de prendre du poisson à des fins d'alimentation et aux fins rituelles de la bande. À l'origine, le droit était réglementé, bien que autoréglementé. Il a continué d'être réglementé et, le 17 avril 1982, c'était un droit réglementé. Ce droit n'a jamais été figé et sa forme a toujours été fonction des circonstances de son existence. S'il faut protéger les intérêts des Indiens et des autres Canadiens en matière de pêcheries, une réglementation

proper management and conservation of the resource must be continued.

The court then went on to particularize the right still further. It was a right for a purpose, not one related to a particular method. Essentially, it was a right to fish for food and associated traditional band activities:

The aboriginal right is not to take fish by any particular method or by a net of any particular length. It is to take fish for food purposes. The breadth of the right should be interpreted liberally in favour of the Indians. So "food purposes" should not be confined to subsistence. In particular, this is so because the Musqueam tradition and culture involves a consumption of salmon on ceremonial occasions and a broader use of fish than mere day-to-day domestic consumption.

That right, the court added, has not changed its nature since the enactment of the *Constitution Act, 1982*. What has changed is that the Indian food fishery right is now entitled to priority over the interests of other user groups and that that right, by reason of s. 35(1), cannot be extinguished.

The Court of Appeal found that the trial judge's findings of facts were insufficient to lead to an acquittal. Observing that the conviction was based on an erroneous view of the law and could not stand, the court further remarked upon the existence of unresolved conflicts in the evidence, including the question whether a change in the fishing conditions was necessary to reduce the catch to a level sufficient to satisfy reasonable food requirements, as well as for conservation purposes.

The Appeal

Leave to appeal to this Court was then sought and granted. On November 24, 1987, the following constitutional question was stated:

Is the net length restriction contained in the Musqueam Indian Band Indian Food Fishing Licence dated March 30, 1984, issued pursuant to the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and the *Fisheries Act*, R.S.C.

raisonnable s'impose toujours pour assurer la gestion et la conservation judicieuses des ressources.

La cour a poursuivi en précisant ce droit encore davantage. C'était un droit lié à un objet et non à une méthode particulière. Essentiellement, il s'agissait d'un droit de pêche lié à la subsistance et aux activités connexes traditionnelles de la bande:

[TRADUCTION] Le droit ancestral n'est pas de prendre du poisson d'une manière particulière ou au moyen d'un filet d'une longueur particulière. C'est le droit de prendre du poisson à des fins d'alimentation. L'étendue de ce droit devrait être interprétée libéralement en faveur des Indiens. Ainsi, l'expression «à des fins de subsistance» ne devrait pas être restreinte à la survie. Il en est ainsi plus particulièrement parce que, selon la tradition et la culture des Musqueams, on consomme du saumon à l'occasion de cérémonies rituelles et le poisson ne sert pas seulement à la consommation familiale quotidienne.

La cour a ajouté que la nature de ce droit n'avait pas changé depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce qui a changé, c'est que le droit de pêche des Indiens à des fins d'alimentation peut maintenant bénéficier d'une priorité sur les intérêts d'autres groupes qui font usage du poisson et que ce droit, en raison du par. 35(1), ne peut être éteint.

Selon la Cour d'appel, les conclusions de fait du juge de première instance étaient insuffisantes pour justifier un acquittement. Soulignant que la déclaration de culpabilité était fondée sur une conception erronée du droit applicable et ne pouvait être maintenue, la cour a fait d'autres remarques sur l'existence de contradictions non résolues dans la preuve, y compris sur la question de savoir si les conditions de pêche devaient être modifiées pour réduire les prises à un niveau suffisant pour répondre aux demandes raisonnables de nourriture ainsi qu'à des fins de conservation.

Le pourvoi

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a ensuite été demandée et accordée. Le 24 novembre 1987, on a formulé la question constitutionnelle suivante:

La limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984 conformément au *Règlement de pêche général de la Colombie-Britan-*

1970, c. F-14, inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

The appellant appealed on the ground that the Court of Appeal erred (1) in holding that s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects the aboriginal right only when exercised for food purposes and permits restrictive regulation of such rights whenever “reasonably justified as being necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest”, and (2) in failing to find the net length restriction in the Band’s food fish licence was inconsistent with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The respondent Crown cross-appealed on the ground that the Court of Appeal erred in holding that the aboriginal right had not been extinguished before April 17, 1982, the date of commencement of the *Constitution Act, 1982*, and in particular in holding that, as a matter of fact and law, the appellant possessed the aboriginal right to fish for food. In the alternative, the respondent alleged, the Court of Appeal erred in its conclusions respecting the scope of the aboriginal right to fish for food and the extent to which it may be regulated, more particularly in holding that the aboriginal right included the right to take fish for the ceremonial purposes and societal needs of the Band and that the Band enjoyed a constitutionally protected priority over the rights of other people engaged in fishing. Section 35(1), the respondent maintained, did not invalidate legislation passed for the purpose of conservation and resource management, public health and safety and other overriding public interests such as the reasonable needs of other user groups. Finally, it maintained that the conviction ought not to have been set aside or a new trial directed because the appellant failed to establish a *prima facie* case that the reduction in the length of the net had unreasonably interfered with his right by preventing him from meeting his food fish requirements. According to the respondent, the Court of Appeal had erred in shifting the

nique et à la Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, est-elle incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

^a L’appellant se pourvoit devant nous pour le motif que, selon lui, la Cour d’appel a commis une erreur (1) en décidant que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège les droits ancestraux que lorsque ceux-ci sont exercés à des fins d’alimentation et permet une réglementation restrictive de ces droits lorsque [TRADUCTION] «cela est raisonnablement justifié comme nécessaire pour la gestion et la conservation judicieuses des ressources ou dans l’intérêt public», et (2) en refusant de conclure que la limite de la longueur des filets imposée dans le permis de pêche de subsistance de la bande était incompatible avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

^d Sa Majesté intimée a formé un pourvoi incident pour le motif que la Cour d’appel aurait commis une erreur en décidant que le droit ancestral n’avait pas été éteint avant le 17 avril 1982, date d’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et, en particulier, en décidant, en fait et en droit, que l’appellant détenait le droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Subsidiairement, l’intimée a allégué que la Cour d’appel a commis une erreur dans ses conclusions concernant la portée du droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance et la mesure dans laquelle ce droit peut être réglementé, plus particulièrement, en décidant que le droit ancestral comprenait le droit de pêcher à des fins rituelles et sociales de la bande et que la bande bénéficiait d’une priorité, garantie par la Constitution, sur les droits d’autres gens qui s’adonnent à la pêche. Selon l’intimée, le par. 35(1) n’invalide pas les mesures législatives adoptées à des fins de conservation et de gestion des ressources, de santé et de sécurité publiques et d’autres intérêts publics primordiaux comme les besoins raisonnables des autres groupes qui font usage du poisson. Enfin, elle a soutenu qu’on n’aurait pas dû annuler la déclaration de culpabilité ni ordonner la tenue d’un nouveau procès parce que l’appellant n’a pas prouvé, de façon suffisante à première vue, que la réduction de la longueur des filets avait porté atteinte de façon déraisonnable à

burden of proof to the Crown on the issue before the appellant had established a *prima facie* case.

The National Indian Brotherhood / Assembly of First Nations intervened in support of the appellant. The Attorneys General of British Columbia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Alberta and Newfoundland supported the respondent, as did the B.C. Wildlife Federation and others, the Fisheries Council of British Columbia and the United Fishermen and Allied Workers' Union.

The Regulatory Scheme

The *Fisheries Act*, s. 34, confers on the Governor in Council broad powers to make regulations respecting the fisheries, the most relevant for our purposes being those set forth in the following paragraphs of that section:

34. ...

(a) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(b) respecting the conservation and protection of fish;

(c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;

(e) respecting the use of fishing gear and equipment;

(f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

(g) respecting the terms and conditions under which a lease or licence may be issued;

Contravention of the Act and the regulations is made an offence under s. 61(1) under which the appellant was charged.

Acting under its regulation-making powers, the Governor in Council enacted the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. Under these Regulations (s. 4), everyone is, *inter alia*, prohibited from fishing without a licence, and

son droit en l'empêchant de répondre à ses besoins en matière de pêche pour fins d'alimentation. Selon l'intimée, la Cour d'appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve de manière à l'imposer à Sa Majesté avant que l'appelant n'ait présenté une preuve suffisante à première vue.

La Fraternité des Indiens du Canada / Assemblée des premières nations est intervenue à l'appui de l'appelant. Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec, de la Saskatchewan, de l'Alberta et de Terre-Neuve ont appuyé l'intimée tout comme l'ont fait la B.C. Wildlife Federation et autres, le Fisheries Council of British Columbia et le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés.

Le système de réglementation

L'article 34 de la *Loi sur les pêcheries* confère au gouverneur en conseil de larges pouvoirs de réglementation en matière de pêcheries, dont les plus pertinents en l'espèce sont ceux reproduits aux alinéas suivants de cet article:

34. ...

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches côtières et des pêches de l'intérieur;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

e) concernant l'utilisation des appareils et accessoires de pêche;

f) concernant la délivrance, la suspension et l'annulation des permis et baux;

g) concernant les modalités et conditions auxquelles un permis ou un bail doit être délivré;

Le fait de contrevenir à la Loi et à ses règlements d'application constitue une infraction aux termes du par. 61(1) et c'est en vertu de ce paragraphe que l'appelant a été accusé.

Dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, le gouverneur en conseil a adopté le *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. En vertu de ce règlement (art. 4), il est notamment interdit de pêcher sans

then only in areas and at the times and in the manner authorized by the Act or regulations. That provision also prohibits buying, selling, trading or bartering fish other than those lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence. Section 4 reads:

4. (1) Unless otherwise provided in the Act or in any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply or in the *Wildlife Act* (British Columbia), no person shall fish except under the authority of a licence or permit issued thereunder.

(2) No person shall fish for any species of fish in the Province or in Canadian fisheries waters of the Pacific Ocean except in areas and at times authorized by the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

(3) No person who is the owner of a vessel shall operate that vessel or permit it to be operated in contravention of these Regulations.

(4) No person shall, without lawful excuse, have in his possession any fish caught or obtained contrary to the Act or any Regulations made thereunder in respect of the fisheries to which these Regulations apply.

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

The Regulations make provision for issuing licences to Indians or a band "for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family and for the band", and no one other than an Indian is permitted to be in possession of fish caught pursuant to such a licence. Subsections 27(1) and (4) of the Regulations read:

27. (1) In this section "Indian food fish licence" means a licence issued by the Minister to an Indian or a band for the sole purpose of obtaining food for that Indian and his family or for the band.

(4) No person other than an Indian shall have in his possession fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

permis, et encore, seulement dans les secteurs, aux heures et de la façon prévus par la Loi ou ses règlements d'application. Cette disposition interdit également d'acheter, de vendre et d'échanger du poisson autre que celui pris légalement en vertu d'un permis de pêche commerciale. L'article 4 prévoit:

4. (1) Sauf disposition contraire de la Loi, de ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement, ou de la loi dite *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, il est interdit à quiconque de pêcher sans détenir un permis, délivré en vertu de l'un des règlements ou lois précités.

(2) Il est interdit, dans les eaux de la province ou les eaux des pêcheries canadiennes de l'océan Pacifique, de pêcher une espèce de poisson en dehors des heures et des secteurs autorisés par la Loi ou ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

(3) Il est interdit au propriétaire d'un bateau d'exploiter ou de permettre à quiconque d'exploiter le bateau en contravention du présent règlement.

(4) Il est interdit à quiconque d'avoir en sa possession, sans excuse légitime, du poisson qui a été pris ou obtenu d'une manière non conforme à la Loi ou à ses règlements d'application concernant les pêches visées par le présent règlement.

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

Le Règlement prévoit que des permis peuvent être délivrés à un Indien ou à une bande «aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande», et que seul un Indien peut avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un tel permis. Les paragraphes 27(1) et (4) du Règlement prévoient:

27. (1) Aux fins du présent article, «permis de pêche de subsistance des Indiens» désigne un permis délivré par le Ministre à un Indien ou à une bande aux seules fins de l'alimentation de l'Indien ou de sa famille ou de celle de la bande.

(4) Il est interdit à quiconque sauf un Indien d'avoir en sa possession du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.