

Donald Gladstone and William Gladstone *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. GLADSTONE

File No.: 23801.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

Donald Gladstone et William Gladstone *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. GLADSTONE

N° du greffe: 23801.

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

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

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

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

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

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

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

Whether an Attempt to Sell

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

The Aboriginal Right

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

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

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

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

Y a-t-il eu tentative de vente?

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

Le droit ancestral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Extinguishment

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

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

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

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

Extinction

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

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

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

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

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

Prima Facie Infringement

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

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

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

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

Atteinte prima facie

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

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

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

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

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

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

Justification

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

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

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

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

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

Justification

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Lamer C.J.

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

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

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

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

By L'Heureux-Dubé J.

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

By McLachlin J.

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

By La Forest J. (dissenting)

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

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

Citée par le juge McLachlin

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

Citée par le juge La Forest (dissident)

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

Lois et règlements cités

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

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

Authors Cited

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

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

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

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

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

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

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

Règlement de pêche du hareng du Pacifique, DORS/84-324, art. 17(1)(a), (b), 20(2), (3).
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/77-716, art. 29.
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1915, C.P. 297, art. 8(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1922, C.P. 1918, art. 13(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1925, C.P. 483, art. 15.
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1930, C.P. 512, art. 11(2).
Règlements de pêche particuliers à la Colombie-Britannique de 1938, C.P. 899, art. 10(2).
Règlement sur l'immatriculation et la délivrance de permis pour la pêche dans le Pacifique.

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

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

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

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

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

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

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

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

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

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

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

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

20. . . .

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

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

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

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

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

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

20. . . .

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

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

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

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