

**Dorothy Marie Van der Peet** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, 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. VAN DER PEET

File No.: 23803.

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 J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish on non-commercial basis — Fish caught under native food fish licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under that licence — Fish sold to non-aboriginal and charges laid — Definition of “existing aboriginal rights” as used in s. 35 of Constitution Act, 1982 — Whether an aboriginal right being exercised in the circumstances — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 27(5).*

The appellant, a native, was charged with selling 10 salmon caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, which prohibited the sale or barter of fish caught under such a licence. The restrictions imposed by s. 27(5) were alleged to infringe the appellant's aboriginal right to sell fish and accord-

**Dorothy Marie Van der Peet** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Québec, 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. VAN DER PEET

N° du greffe: 23803.

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

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

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

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson à des fins non commerciales — Poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens — Règlement interdisant la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis — Poisson vendu à des non-autochtones et dépôt d'accusations — Définition de «droits ancestraux existants» à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — S'agissait-il, dans les circonstances, de l'exercice d'un droit ancestral? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 27(5).*

L'appelante, une autochtone, a été accusée d'avoir vendu 10 saumons pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, qui interdisait la vente et l'échange du poisson pris en vertu d'un tel permis. On a plaidé que les restrictions imposées par le par. 27(5) portent

ingly were invalid because they violated s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge held that the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes did not include the right to sell such fish and found the appellant guilty. The summary appeal judge found an aboriginal right to sell fish and remanded for a new trial. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the guilty verdict. The constitutional question before this Court queried whether s. 27(5) of the Regulations was of no force or effect in the circumstances by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

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

#### *The Aboriginal Right*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A purposive analysis of s. 35(1) must take place in light of the general principles applicable to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. This relationship is a fiduciary one and a generous and liberal interpretation should accordingly be given in favour of aboriginal peoples. Any ambiguity as to the scope and definition of s. 35(1) must be resolved in favour of aboriginal peoples. This purposive analysis is not to be limited to an analysis of why a pre-existing doctrine was elevated to constitutional status.

Aboriginal rights existed and were recognized under the common law. They were not created by s. 35(1) but subsequent to s. 35(1) they cannot be extinguished. They can, however, be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out in *R. v. Sparrow*.

Section 35(1) provides the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose. The French version of the text, prior jurisprudence of this Court and the courts of

atteinte au droit ancestral de l'appelante de vendre du poisson et qu'elles sont en conséquence invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge du procès a statué que le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris et a déclaré l'appelante coupable. Le juge d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il existait un droit ancestral de vendre du poisson et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli le verdict de culpabilité. La question constitutionnelle que la Cour était appelée à trancher portait sur le point suivant: le par. 27(5) du Règlement était-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant en raison de l'existence de droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

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

#### *Le droit ancestral*

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'analyse du par. 35(1) en fonction de son objet doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence que les dispositions concernant les peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale. Les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Il ne faut pas limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel.

Les droits ancestraux existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. Le paragraphe 35(1) n'a pas créé les droits ancestraux, mais à la suite de l'adoption du par. 35(1), ils ne peuvent pas être éteints. Ils peuvent, toutefois, être réglementés ou violés en conformité avec le critère de justification énoncé dans *R. c. Sparrow*.

Le paragraphe 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Cette façon d'analyser le par. 35(1) trouve également appui dans le texte français de cette disposition, dans des décisions antérieures de notre Cour et des tribunaux australiens et américains,

Australia and the United States, academic commentators and legal literature support this approach.

To be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. A number of factors must be considered in applying the "integral to a distinctive culture" test. The court must take into account the perspective of the aboriginal peoples, but that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure.

In assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. The activities must be considered at a general rather than specific level. They may be an exercise in modern form of a pre-contact practice, custom or tradition and the claim should be characterized accordingly.

To be integral, a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question — one of the things which made the culture of the society distinctive. A court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive) or at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society. It is those distinctive features that need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact with European society. Conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of the community in question need not be produced. The evidence simply needs to be directed at

chez des commentateurs universitaires et dans la littérature juridique.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération dans l'application du critère de la «partie intégrante d'une culture distinctive». Le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones, mais il faut que ce point de vue soit exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada.

Dans l'appréciation de la revendication d'un droit ancestral, le tribunal doit d'abord déterminer la nature du droit revendiqué, pour juger si la revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit. Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Il doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. Il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée — être l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive. Le tribunal ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel. Ce sont ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens. Il n'est pas nécessaire de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de la collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens.

demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. The concept of continuity is the means by which a "frozen rights" approach to s. 35(1) will be avoided. It does not require an unbroken chain between current practices, customs and traditions and those existing prior to contact. A practice existing prior to contact can be resumed after an interruption.

Basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the inclusion of the Métis in the definition of "aboriginal peoples of Canada" in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The history of the Métis and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35 are quite distinct from those relating to other aboriginal peoples in Canada. The manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined.

A court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, conscious of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions and customs engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards applied in other contexts.

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. Claims to aboriginal rights are not to be determined on a general basis.

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a

Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Il n'exige pas la preuve d'une continuité parfaite entre les coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Une pratique qui existait avant le contact avec les Européens peut être reprise après une interruption.

Le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n'est pas incompatible avec le fait que, aux termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada». L'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. La manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis.

Le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans d'autres contextes.

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Les revendications de droits ancestraux ne peuvent pas être tranchées de manière générale.

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s'assurer que la coutume, pratique ou tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s'agir d'une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d'une autre coutume, pratique ou tradition. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peu-

process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

A practice, custom or tradition, to be recognized as an aboriginal right need not be distinct, meaning "unique", to the aboriginal culture in question. The aboriginal claimants must simply demonstrate that the custom or tradition is a defining characteristic of their culture.

The fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. A practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right, however, where it arose solely as a response to European influences.

The relationship between aboriginal rights and aboriginal title (a sub-category of aboriginal rights dealing solely with land claims) must not confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look both at the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the Court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. Here, the appellant claimed that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral element the exchange of fish for money or other goods. The significance of the practice, tradition or custom is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. The claim must be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery,

vent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu'elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d'une culture.

Pour être reconnue comme un droit ancestral, une coutume, pratique ou tradition n'a pas à être distincte, c'est-à-dire «propre» à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est une caractéristique déterminante de leur culture.

Le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée des Européens et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication; l'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Le rapport entre le titre aborigène (une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers) et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire, et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, notre Cour doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, l'appelante soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. La revendication doit plutôt

here the custom of exchanging fish for money or other goods.

The trial judge made no clear and palpable error which would justify an appellate court's substituting its findings of fact. These findings included: (1) prior to contact exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes; (2) there was no regularized trading system amongst the appellant's people prior to contact; (3) the trade that developed with the Hudson's Bay Company, while of significance to the Sto:lo of the time, was qualitatively different from what was typical of Sto:lo culture prior to contact; and, (4) the Sto:lo's exploitation of the fishery was not specialized and that suggested that the exchange of fish was not a central part of Sto:lo culture. The appellant failed to demonstrate that the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive Sto:lo culture which existed prior to contact and was therefore protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Aboriginal rights find their origin in the historic occupation and use of native ancestral lands. These rights relate not only to aboriginal title but also to the component elements of this larger right, such as aboriginal rights to hunt, fish or trap, and their accompanying practices, customs and traditions. They also include other matters, not related to land, that form part of a distinctive aboriginal culture.

Aboriginal rights can exist on reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands. Reserve lands are reserved by the federal government for the exclusive use of Indian people. Title to aboriginal title lands — lands which the natives possess for occupation and use at their own discretion — is founded on common law and is subject to the Crown's ultimate title. It exists when the bundle of aboriginal rights is large enough to command the recognition of a *sui generis* proprietary interest to occupy and use the land. Aboriginal title can also be founded on treaties. Finally, aboriginal right lands are those lands on which only specific aboriginal rights exist (e.g., the right to hunt for food, social and ceremonial purposes) because the occupation and use by the particular group of aboriginal people is too limited

être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait une cour d'appel de substituer ses conclusions de fait aux siennes. Parmi ces conclusions, on peut relever les suivantes: (1) avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires; (2) il n'existait pas, avant le contact avec les Européens, de système de commerce organisé chez le peuple auquel appartient l'appelante; (3) le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était important pour la société sto:lo de cette époque, était qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens; (4) l'absence de spécialisation dans l'exploitation des ressources de la pêche chez les Sto:lo tend à indiquer que l'échange de poisson n'était pas un élément fondamental de la culture sto:lo. L'appelante n'a pas démontré que l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens et était en conséquence protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La source des droits ancestraux est l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales, et ces droits comprennent non seulement le titre aborigène, mais aussi les éléments constitutifs de ce droit plus large — tels les droits de chasse, de pêche et de piégeage ancestraux, et les coutumes, pratiques et traditions connexes — ainsi que d'autres éléments qui font partie intégrante de la culture autochtone distinctive visée, mais ne se rapportent pas au territoire.

Les droits ancestraux peuvent se rattacher aux terres des réserves, aux terres visées par un titre aborigène et aux terres visées par un droit ancestral. Les terres des réserves sont réservées par le gouvernement fédéral pour l'usage exclusif des Indiens. Les terres visées par un titre aborigène, fondé sur la common law, sont les terres que possèdent les autochtones et qu'ils peuvent occuper et utiliser à leur gré, sous réserve du fait que c'est Sa Majesté qui, en dernier ressort, en détient le titre. Le titre aborigène existe lorsque l'ensemble des droits ancestraux est suffisamment important pour commander la reconnaissance d'un droit foncier *sui generis* d'occupation et d'utilisation des terres visées. Un titre aborigène peut également être fondé sur un traité. Enfin, les terres visées par un droit ancestral sont les terres

and, as a result, does not meet the criteria for the recognition, at common law, of aboriginal title. These types of lands are not static or mutually exclusive.

Prior to 1982, aboriginal rights were founded only on the common law and they could be extinguished by treaty, conquest and legislation as they were "dependent upon the good will of the Sovereign". Now, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* protects aboriginal interests arising out of the native historic occupation and use of ancestral lands through the recognition and affirmation of "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada".

The *Sparrow* test deals with constitutional claims of infringement of aboriginal rights. This test involves three steps: (1) the assessment and definition of an existing aboriginal right (including extinguishment); (2) the establishment of a *prima facie* infringement of such right; and, (3) the justification of the infringement.

Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Most importantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) must be interpreted in the context of the history and culture of the specific aboriginal society and in a manner that gives the rights meaning to the natives. It is not appropriate that the perspective of the common law be given an equal weight with the perspective of the natives.

The issue of the nature and extent of aboriginal rights protected under s. 35(1) is fundamentally about characterization. Two approaches have emerged.

The first approach focuses on the particular aboriginal practice, custom or tradition. It considers that what is common to both aboriginal and non-aboriginal cultures is non-aboriginal and hence not protected by s. 35(1).

auxquelles ne peuvent se rattacher que des droits ancestraux spécifiques (p. ex., le droit de chasser à des fins alimentaires, sociales et rituelles), parce que l'occupation et l'utilisation des terres par le groupe autochtone concerné sont trop limitées et, en conséquence, ne respectent pas le critère applicable en vue de la reconnaissance, en common law, d'un titre aborigène. Le classement d'une terre dans un type donné n'est pas immuable. De plus, une terre peut appartenir à plus d'un type.

Avant 1982, la doctrine des droits ancestraux n'était fondée que sur la common law, et les droits ancestraux pouvaient en conséquence être éteints par traité, par conquête et par voie législative puisqu'ils «dépendaient de la bonne volonté du Souverain». Désormais, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les intérêts des autochtones qui découlent de l'occupation et de l'utilisation historiques par ceux-ci de leurs terres ancestrales, en reconnaissant et en confirmant «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada».

Le test énoncé dans *Sparrow* est le cadre d'analyse des affaires constitutionnelles dans lesquelles on demande qu'un droit soit protégé en tant que droit ancestral. Il comporte trois étapes: (1) l'évaluation et la définition d'un droit ancestral existant (y compris son extinction), (2) l'établissement d'une atteinte *prima facie* à ce droit, et (3) la justification de cette atteinte.

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. 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 autochtones. La règle la plus importante est que les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, de manière à leur donner un sens pour les autochtones. Il n'est pas approprié d'affirmer que, dans la définition des droits ancestraux, la perspective de la common law importe autant que celle des autochtones.

La question de la nature et de l'étendue des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) est fondamentalement une question de caractérisation. Deux méthodes d'analyse se sont dégagées.

La première est axée sur la coutume, pratique ou tradition en cause. Suivant ce point de vue, ce qui est commun aux cultures autochtones et non autochtones est non autochtone et donc n'est pas protégé par le

This approach should not be adopted. This approach misconstrues the words “distinctive culture”, used in *Sparrow*, by interpreting it as if it meant “distinct culture”. It is also overly majoritarian. Finally, this approach is unduly restrictive as it defines aboriginal culture and aboriginal rights as that which is left over after features of non-aboriginal cultures have been taken away.

The second approach describes aboriginal rights in a fairly high level of abstraction and is more generic. Its underlying premise is that the notion of “integral part of [aboriginals’] distinctive culture” constitutes a general statement regarding the purpose of s. 35(1). Section 35(1) should be viewed as protecting, not a catalogue of individualized practices, customs or traditions but the “distinctive culture” of which aboriginal activities are manifestations. The emphasis is on the significance of these activities to natives rather than on the activities themselves. These aboriginal activities should be distinguished from the practices or habits which were merely incidental to the lives of a particular group of aboriginal people and, as such, would not warrant protection under s. 35(1).

The criterion of “distinctive aboriginal culture” should not be limited to those activities that only aboriginal people have undertaken or that non-aboriginal people have not. Rather, all practices, customs and traditions which are connected enough to the self-identity and self-preservation of organized aboriginal societies should be viewed as deserving the protection of s. 35(1). A generous, large and liberal construction should be given to these activities in order to give full effect to the constitutional recognition of the distinctiveness of aboriginal culture. What constitutes a practice, custom or tradition distinctive to native culture and society must be examined through the eyes of aboriginal people.

The question of the period of time relevant to the recognition of aboriginal rights relates to whether the practice, custom or tradition has to exist prior to a specific date, and also to the length of time necessary for an aboriginal activity to be recognized as a right under s. 35(1). Two basic approaches exist: the “frozen right” approach and the “dynamic right” approach. The latter should be preferred.

par. 35(1). Cette méthode ne devrait pas être adoptée. Elle décrit mal l’expression «culture distinctive» utilisée dans l’arrêt *Sparrow*, en lui donnant le sens de «culture distincte». C’est une analyse qui accorde beaucoup trop d’importance au point de vue de la majorité. Enfin, elle est une interprétation par trop rigide qui revient à définir la culture autochtone et les droits ancestraux comme étant ce qu’il en reste après qu’on en ait retranché les caractéristiques des cultures non autochtones.

La deuxième méthode est plus générale et décrit les droits ancestraux avec un degré d’abstraction assez élevé. Le principe sur lequel elle repose est que la notion de «partie intégrante de la culture distinctive [des autochtones visés]» constitue un énoncé général de l’objet du par. 35(1). Il faudrait considérer que le par. 35(1) protège non pas une liste de coutumes, pratiques ou traditions propres, mais plutôt la «culture distinctive» dont les activités autochtones sont des manifestations. L’accent serait mis sur l’importance de ces activités pour les autochtones plutôt que sur les activités elles-mêmes. Il faudrait distinguer ces activités autochtones des pratiques ou habitudes qui étaient simplement des aspects accessoires de la vie d’un groupe particulier d’autochtones et qui, en tant que telles, ne commanderaient pas la protection du par. 35(1).

Le critère de la «culture autochtone distinctive» ne devrait pas être restreint aux activités exercées uniquement par les autochtones et non par les non-autochtones. Au contraire, toutes les coutumes, pratiques et traditions ayant un lien suffisant avec le sentiment d’identité et le désir de préservation des sociétés autochtones organisées devraient être considérées comme valant d’être protégées en vertu du par. 35(1). Qui plus est, il faudrait interpréter ces activités de façon généreuse, large et libérale afin de donner plein effet à la reconnaissance constitutionnelle du caractère distinctif de la culture autochtone. Ce qui constitue une coutume, pratique ou tradition distinctive pour une culture et une société autochtones doit être examiné avec les yeux des autochtones.

La question de la période pertinente pour la reconnaissance de droits ancestraux amène à se demander si la coutume, pratique ou tradition doit avoir existé avant une date spécifique, et quelle est la période nécessaire pendant laquelle une activité autochtone doit avoir été exercée pour être reconnue comme un droit visé au par. 35(1). Deux méthodes principales ont été préconisées: la méthode fondée sur les «droits figés» et celle fondée sur le «caractère dynamique des droits». Il y a lieu de préférer la dernière.



The "frozen right" approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with *Sparrow* which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.

Underlying the "dynamic right" approach is the premise that "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the "doctrine of continuity".

The aboriginal activity must have formed an integral part of a distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. This period should be assessed based on: (1) the type of aboriginal practices, customs and traditions; (2) the particular aboriginal culture and society; and, (3) the reference period of 20 to 50 years. This approach gives proper consideration to the perspective of aboriginal people on the meaning of their existing rights.

As regards the delineation of the aboriginal right claimed, the purposes of aboriginal practices, customs and traditions are highly relevant in assessing if they are sufficiently significant to the culture for a substantial continuing period of time. The purposes should not be

Suivant la méthode fondée sur les «droits figés», seraient reconnues les coutumes, pratiques et traditions qui existaient de temps immémorial au moment de la souveraineté britannique. Cette méthode exagère l'incidence de l'influence européenne sur les collectivités autochtones, cristallise les pratiques autochtones à une date arbitraire et, sur le plan de la preuve, impose aux autochtones un fardeau lourd que ne permet pas d'atténuer l'assouplissement des normes de preuve. Ce critère intègre des hypothèses inappropriées et improuvables en ce qui concerne la culture et la société autochtones et est incompatible avec l'arrêt *Sparrow* qui a refusé de définir les droits ancestraux existants de façon à intégrer la manière dont ils étaient réglementés en 1982.

La méthode fondée sur le «caractère dynamique des droits» repose sur le principe que l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Il faut permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent. Cette interprétation généreuse, large et libérale des droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) garantirait leur vitalité continue. Il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. Au lieu d'être perçue comme le point tournant pour la culture autochtone, la souveraineté britannique serait plutôt considérée comme ayant reconnu et confirmé les coutumes, pratiques et traditions qui sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture des autochtones. Cette idée se rattache à la «doctrine de la continuité».

L'activité autochtone doit avoir fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. Cette période devrait être appréciée en fonction des critères suivants: (1) le type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, (2) la culture et la société autochtones particulières visées, et (3) la période de référence de 20 à 50 ans. Cette méthode permet de tenir compte, comme il se doit, de la perspective des autochtones en ce qui concerne la signification de leurs droits existants.

Pour ce qui est de la définition du droit ancestral revendiqué, les fins pour lesquelles sont exercées les activités en cause sont considérées comme hautement pertinentes dans l'examen de la question de savoir si les coutumes, pratiques et traditions autochtones ont été

strictly compartmentalized but rather should be viewed on a spectrum, with aboriginal activities undertaken solely for food at one extreme, those directed to obtaining purely commercial profit at the other extreme, and activities relating to livelihood, support and sustenance at the centre.

An aboriginal activity does not need to be undertaken for livelihood, support and sustenance purposes to benefit from s. 35(1) protection. Whether an activity is sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization for a substantial continuing period of time will have to be determined on the specific facts giving rise to each case, as proven by the Crown, in view of the particular aboriginal culture and the evidence supporting the recognition of such right.

Nevertheless, the facts did not support framing the issue in this case in terms of commercial fishing. Appellant did not argue that her people possessed an aboriginal right to fish for commercial purposes but only the right to sell, trade and barter fish for their livelihood, support and sustenance. Finally, the legislative provision under constitutional challenge was not only aimed at commercial fishing but also at the non-commercial sale, trade and barter of fish.

The trial judge and the Court of Appeal erred in framing the issue and in using a "frozen right" approach. The trial judge, since he asked himself the wrong questions and erred as to the proper evidentiary basis necessary to establish an aboriginal right under s. 35(1), made no finding of fact, or insufficient findings of fact, as regards the Sto:lo's distinctive aboriginal culture relating to the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. An appellate court, given these palpable and overriding errors affecting the trial judge's assessment of the facts, is accordingly justified in intervening in the trial judge's findings of fact and substituting its own assessment of the evidence presented at trial.

The fishery always provided a focus for life and livelihood for the Sto:lo and they have always traded salmon for the sustenance and support of themselves and their families. These activities formed part of the

suffisamment importantes pour la culture d'un groupe particulier d'autochtones, et ce pendant une période considérable et ininterrompue. Ces fins ne devraient pas être compartimentées de manière stricte, mais plutôt être considérées comme les divers éléments d'une gamme sur laquelle les activités autochtones exercées seulement à des fins alimentaires se trouveraient à une extrémité et celles visant des fins purement commerciales à l'autre extrémité, alors que les activités faites à des fins de subsistance occuperaient le centre.

Il n'est pas nécessaire qu'une activité autochtone soit accomplie à des fins de subsistance pour bénéficier de la protection du par. 35(1). La question de savoir si une activité est suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture pendant une période considérable et ininterrompue doit être tranchée à partir des faits propres à chaque cas et prouvés par le ministère public, compte tenu de la culture autochtone en cause et de la preuve étayant la reconnaissance du droit revendiqué.

Toutefois, les faits de l'espèce ne permettent pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. L'appelante n'a pas plaidé que son peuple possède un droit ancestral de pêcher à des fins commerciales, mais seulement le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Enfin, la disposition législative visée par la présente contestation constitutionnelle ne concernait pas seulement la pêche commerciale, mais aussi la vente et l'échange du poisson à des fins non commerciales.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en formulant la question en litige et en appliquant la méthode des «droits figés». Le juge du procès s'est posé les mauvaises questions et a fait erreur quant à la preuve requise pour établir l'existence d'un droit ancestral visé au par. 35(1). En conséquence, il n'a pas tiré de conclusion de fait — ou celles qu'il a tirées étaient insuffisantes — au sujet de la culture autochtone distinctive des Sto:lo en ce qui a trait à la vente et à l'échange de poisson à des fins de subsistance. Vu ces erreurs manifestes et dominantes, qui ont faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel est justifiée de modifier les conclusions de fait du juge de première instance et de substituer son appréciation de la preuve présentée au procès à celle du juge de première instance.

La pêche a toujours été un aspect central de la vie et de la subsistance des Sto:lo, qui ont toujours échangé du saumon afin d'assurer leur subsistance et celle de leur famille. Ces activités ont fait partie de la culture autoch-

Sto:lo's distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time — for centuries before the arrival of Europeans — and continued in modernized forms until the present day. The criteria regarding the characterization and the time requirement of aboriginal rights protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* were met.

*Per* McLachlin J. (dissenting): A court considering the question of whether a particular practice is the exercise of a s. 35(1) constitutional aboriginal right must adopt an approach which: (1) recognizes the dual purposes of s. 35(1) (to preclude extinguishment and to provide a firm foundation for settlement of aboriginal claims); (2) is liberal and generous toward aboriginal interests; (3) considers the aboriginal claim in the context of the historic way of life of the people asserting it; and (4) above all, is true to the Crown's position as fiduciary for the first peoples. The legal perspectives of both the European and the aboriginal societies must be incorporated and the common law being applied must give full recognition to the pre-existing aboriginal tradition.

The sale at issue should not be labelled as something other than commerce. One person selling something to another is commerce. The critical question is not whether the sale of the fish is commerce or non-commerce, but whether the sale can be defended as the exercise of a more basic aboriginal right to continue the aboriginal people's historic use of the resource.

An aboriginal right must be distinguished from the exercise of an aboriginal right. Rights are generally cast in broad, general terms and remain constant over the centuries. The exercise of rights may take many forms and vary from place to place and from time to time. The principle that aboriginal rights must be ancestral rights is reconciled with this Court's insistence that aboriginal rights not be frozen by the determination of whether the modern practice at issue may be characterized as an exercise of the right. The rights are ancestral: their exercise takes modern forms.

History is important. A recently adopted practice would generally not qualify as being aboriginal. A practice, however, need not be traceable to pre-contact times for it to qualify as a constitutional right. Aboriginal

tone distinctive des Sto:lo pendant une période considérable et ininterrompue — pendant des siècles avant l'arrivée des Européens — et continuent d'être pratiquées de nos jours, quoique sous des formes modernes. Le critère applicable afin de caractériser les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que l'exigence de durée pertinente, ont été respectés.

*Le* juge McLachlin (dissidente): Le tribunal qui est appelé à décider si une pratique donnée est l'exercice d'un droit ancestral protégé par la Constitution en vertu du par. 35(1) doit adopter une méthode (1) qui reconnaisse les deux objets du par. 35(1) (savoir empêcher l'extinction des droits ancestraux et constituer une assise solide en vue du règlement des revendications autochtones), (2) qui soit libérale et généreuse envers les intérêts des autochtones, (3) qui considère le droit ancestral revendiqué dans le contexte du mode de vie historique du peuple qui l'invoque; (4) et, par-dessus tout, qui soit respectueuse du rôle de fiduciaire que l'État joue auprès des premiers habitants du pays. Les points de vue juridiques des sociétés européennes et autochtones doivent être intégrés et la common law appliquée doit reconnaître pleinement la tradition autochtone préexistante.

La vente faite en l'espèce ne devrait pas être qualifiée autrement que d'acte de commerce. Quand une personne vend quelque chose à autrui, c'est du commerce. La question cruciale qui se pose n'est pas de savoir si, en l'espèce, la vente du poisson est ou non un acte de commerce, mais bien si elle peut être justifiée en tant qu'exercice d'un droit ancestral plus fondamental, qui serait la poursuite, par les autochtones concernés, de l'utilisation historique de la ressource.

Il est nécessaire de faire une distinction entre un droit ancestral et l'exercice d'un tel droit. Les droits sont généralement énoncés en termes larges et généraux et ne changent pas au fil des siècles. L'exercice des droits peut prendre diverses formes et varier selon les lieux et les époques. C'est en déterminant si la pratique moderne en cause peut être qualifiée d'exercice du droit visé que l'on concilie le principe que les droits des peuples autochtones doivent être des droits ancestraux et l'insistance de notre Cour sur le principe que les droits ancestraux ne sont pas figés. Il s'agit de droits ancestraux: cependant, l'exercice de ces droits prend des formes modernes.

L'histoire est un facteur important. Une pratique d'adoption récente ne saurait généralement être qualifiée d'ancestrale. Toutefois, il n'est pas essentiel qu'une pratique remonte à l'époque qui a précédé le contact avec

rights do not find their source in a magic moment of European contact, but in the traditional laws and customs of the aboriginal people in question, which existed prior to the imposition of European law and which often dated from time immemorial.

Continuity — a link — must be established between the historic practice and the right asserted. The exercise of a right can lapse, however, for a period of time. Aboriginal rights under s. 35(1) are not confined to rights formally recognized by treaty or the courts before 1982.

Neither the “integral part” nor the “dynamic rights” approach provides a satisfactory test for determining whether an aboriginal right exists, even though each captures important facets of aboriginal rights. The “integral-incident” test is too broad, too indeterminate and too categorical.

Aboriginal rights should be defined through an empirical approach. Inferences as to the sort of things which may qualify as aboriginal rights under s. 35(1) should be drawn from history rather than attempting to describe *a priori* what an aboriginal right is.

The common law predicated dealings with aboriginals on two fundamental principles: (1) that the Crown asserted title subject to existing aboriginal interests in their traditional lands and adjacent waters, and (2) that those interests were to be removed only by solemn treaty with due compensation to the people and its descendants. This right to use the land and adjacent waters as the people had traditionally done for their sustenance is a fundamental aboriginal right which is supported by the common law and by the history of this country and which is enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The aboriginal right to fish may be defined as the right to continue to obtain from the river or the sea in question that which the particular aboriginal people have traditionally obtained therefrom. If the aboriginal people show that they traditionally sustained themselves from the river or sea, then they have a *prima facie* right to continue to do so, absent a treaty exchanging that right for other consideration. The right is not the right to

les Européens pour être reconnue comme un droit constitutionnel. Les droits ancestraux ont leur origine non pas dans le moment magique du contact avec les Européens, mais dans les lois et coutumes traditionnelles que respectait le peuple en question avant que ne lui soient imposées celles des Européens et qui souvent existaient de temps immémorial.

Il faut établir qu'il y a continuité — un lien — entre la pratique historique et le droit revendiqué. Il peut arriver, cependant, qu'un droit cesse d'être exercé pendant un certain temps. Les droits ancestraux visés au par. 35(1) ne se limitent pas aux droits reconnus formellement par traité ou par les tribunaux avant 1982.

Ni l'approche fondée sur la notion de «partie intégrante», ni celle fondée sur le caractère «dynamique des droits» ne constituent un critère satisfaisant pour déterminer si un droit ancestral existe, même si ces deux approches tiennent compte de certaines facettes importantes des droits ancestraux. Le critère de la «partie intégrante ou accessoire» est trop large, trop indéterminé et trop catégorique.

Il convient de définir les droits ancestraux selon une approche empirique. Plutôt que d'essayer de définir *a priori* ce qu'est un droit ancestral, nous devons étudier l'histoire pour en tirer des inférences sur ce qui peut constituer un droit ancestral visé au par. 35(1).

En common law, les rapports avec les autochtones étaient fondés sur deux principes fondamentaux: (1) Sa Majesté prenait possession du territoire sous réserve des droits existants des autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées et sur les eaux y adjacentes; (2) les droits des peuples autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes pour assurer leur subsistance ne devaient leur être enlevés que par traité solennel et moyennant octroi à ceux-ci et à leurs descendants d'une juste indemnité. Ce droit des autochtones d'utiliser les terres et les eaux y adjacentes comme ils l'avaient fait traditionnellement pour assurer leur subsistance est un droit ancestral fondamental qui trouve appui dans la common law et dans l'histoire du pays, et qui est constitutionnalisé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le droit de pêche ancestral peut être défini comme étant le droit de continuer à tirer du fleuve, de la rivière ou de la mer en question ce que les autochtones concernés en ont traditionnellement tiré. Si les autochtones démontrent qu'ils ont traditionnellement tiré leur subsistance du fleuve, de la rivière ou de la mer, ils ont alors à première vue le droit de continuer à le faire, s'ils n'ont pas, par traité, échangé ce droit contre autre chose. Ce

trade, but the right to continue to use the resource in the traditional way to provide for traditional needs, albeit in their modern form. If the people demonstrate that trade is the only way of using the resource to provide the modern equivalent of what they traditionally took, it follows that the people should be permitted to trade in the resource to the extent necessary to provide the replacement goods and amenities. In this context, trade is but the mode or practice by which the more fundamental right of drawing sustenance from the resource is exercised.

The right to trade the products of the land and adjacent waters for other goods is not unlimited. The right stands as a continuation of the aboriginal people's historical reliance on the resource. There is therefore no justification for extending it beyond what is required to provide the people with reasonable substitutes for what they traditionally obtained from the resource — basic housing, transportation, clothing and amenities — over and above what was required for food and ceremonial purposes. Beyond this, aboriginal fishers have no priority over non-aboriginal commercial or sport fishers.

All aboriginal rights to the land or adjacent waters are subject to limitation on the ground of conservation. Any right, aboriginal or other, also carries with it the obligation to use it responsibly. The Crown must establish a regulatory regime which respects these objectives.

The evidence conclusively established that over many centuries the fishery was used not only for food and ceremonial purposes but also for a variety of other needs. The scale of fishing here fell well within the limit of the traditional fishery.

#### *Extinguishment*

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The question of the extinguishment of the right found to exist must be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

n'est pas le droit de faire du commerce, mais le droit de continuer d'utiliser la ressource de la manière traditionnelle, afin de pourvoir aux besoins traditionnels, quoique sous leur forme moderne. Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement. Dans ce contexte, le commerce n'est rien d'autre que la méthode ou la pratique par laquelle est exercé le droit plus fondamental qui consiste à tirer sa subsistance de la ressource.

Le droit d'échanger les produits du territoire et des eaux y adjacentes contre d'autres biens n'est pas illimité. Ce droit est la poursuite de l'exploitation historique de la ressource par les autochtones visés. Il n'y a donc rien qui justifie d'élargir le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre aux autochtones de se procurer des biens de remplacement raisonnables à la place de ceux qu'ils ont traditionnellement obtenus pour la ressource — pour pourvoir aux besoins de base en matière de logement, de transport, d'habillement et de commodités de la vie — en sus de leurs besoins alimentaires et rituels. Au-delà de ces besoins, les pêcheurs autochtones n'ont aucun droit de priorité sur les non-autochtones qui pratiquent la pêche commerciale ou sportive.

Tous les droits ancestraux sur les terres et les eaux y adjacentes sont assujettis aux restrictions imposées pour des fins de conservation. Tout droit — ancestral ou autre — emporte l'obligation de l'utiliser de façon responsable. Il incombe à l'État d'établir un régime de réglementation qui respecte ces objectifs.

La preuve a établi décisivement que, pendant des siècles, les Sto:lo ont pêché non seulement à des fins alimentaires et rituelles, mais aussi pour satisfaire divers autres besoins. L'ampleur des activités de pêche en l'espèce restait bien en deçà des limites de la pêche traditionnelle.

#### *Extinction*

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La question de l'extinction du droit dont l'existence a été reconnue doit être renvoyée au tribunal de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de statuer sur celle-ci.

*Per* McLachlin J. (dissenting): For legislation or regulation to extinguish an aboriginal right, the intention to extinguish must be "clear and plain". No government of the day considered either the aboriginal right or the effect of its proposed action on that right, as required by the "clear and plain" test, in effecting any regulations which allegedly had the effect of extinguishing the aboriginal right to fish commercially.

#### *Prima Facie Infringement*

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

*Per* McLachlin J. (dissenting): The inquiry into infringement involves two stages: (1) the person charged must show that he or she had a *prima facie* right to his or her actions, and (2) the Crown must then show that the regulatory scheme satisfied the particular aboriginal entitlement to fish for sustenance. The second requirement was not met.

#### *Justification*

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

*Per* McLachlin J. (dissenting): A large view of justification which cuts back the aboriginal right on the ground that this is required for reconciliation and social harmony should not be adopted. It runs counter to the authorities, is indeterminate and ultimately more political than legal. A more limited view of justification, that the Crown may prohibit exploitation of the resource that is incompatible with its continued and responsible use, should be adopted.

A government limitation on an aboriginal right may be justified, provided the limitation is directed to ensuring the conservation and responsible exercise of the right. Limits beyond this cannot be saved on the ground that they are required for societal peace or reconciliation. Limits that have the effect of transferring the

*Le* juge McLachlin (dissidente): Pour qu'une mesure législative ou réglementaire éteigne un droit ancestral, cette intention doit être «claire et expresse». Aucun gouvernement antérieur n'a, en prenant de règlement qui aurait, affirme-t-on, éteint tout droit ancestral de pêche commerciale, pris en considération, comme l'exige le critère de l'intention «claire et expresse», le droit ancestral ou encore l'effet sur ce droit de la mesure qu'il se proposait de prendre.

#### *Atteinte à première vue*

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

*Le* juge McLachlin (dissidente): L'examen de la question de l'atteinte comporte deux étapes: (1) la personne accusée doit établir qu'elle avait, à première vue, le droit de faire ce qu'elle a fait; (2) il incombe alors au ministère public de prouver que le régime de réglementation respecte le droit particulier des autochtones de pêcher à des fins de subsistance. La deuxième condition n'a pas été remplie.

#### *Justification*

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

*Le* juge McLachlin (dissidente): Il ne convient pas d'adopter une conception large de la justification, qui ampute le droit pour le motif que cela est nécessaire à des fins de réconciliation et d'harmonie sociales. Une telle conception est contraire à la jurisprudence, indéterminée et, en dernière analyse, plus politique que juridique. Il y a lieu d'adopter une conception plus limitée de la justification, savoir qu'il est loisible à l'État d'interdire l'exploitation de la ressource qui est incompatible avec son utilisation continue et responsable.

La restriction par le gouvernement d'un droit ancestral peut être justifiée, pourvu qu'elle vise à assurer la conservation de la ressource et l'exercice responsable du droit. La validité de restrictions qui iraient plus loin ne saurait être sauvegardée pour le motif que celles-ci sont nécessaires pour assurer la réconciliation ou la paix sociales. Des restrictions ayant pour effet de retirer à des autochtones la jouissance de la ressource pour la transférer à d'autres, et ce sans conclure de traité avec les pre-

resource from aboriginal people without treaty or consent cannot be justified.

Subject to the limitations relating to conservation and prevention of harm to others, the aboriginal people have a priority to fish for food, ceremony and supplementary sustenance defined in terms of the basic needs that the fishery provided to the people in ancestral times. Non-aboriginal peoples may use the resource subject to these conditions.

The regulation at issue was not justified.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sparrow*, [1990] 1

miers ou obtenir leur consentement, ne sauraient être justifiées.

Sous réserve des limites justifiées par la conservation de la ressource et la prévention des activités nuisibles à autrui, les autochtones ont la priorité pour pêcher à des fins alimentaires et rituelles, ainsi qu'à des fins supplémentaires de subsistance, c'est-à-dire pour satisfaire les besoins fondamentaux que la pêche permettait à leurs ancêtres de combler. Sous réserve de ces conditions, les non-autochtones peuvent exploiter la ressource.

La disposition réglementaire en cause n'était pas justifiée.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

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

*R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sparrow*,

S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney General of Quebec v. Blaikie (No. 1)*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. v. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. v. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

[1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Procureur général du Québec c. Blaikie (n° 1)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Delgamuukw c. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *R. c. King*, [1993] O.J. No. 1794; *R. c. Fraser*, [1994] 3 C.N.L.R. 139; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

By McLachlin J. (dissenting)

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *The Case of Tanistry* (1608), Davis 28, 80 E.R. 516; *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211;



*Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

### Statutes and Regulations Cited

*British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, s. 27(5) [ad. SOR/85-290, s. 5].  
*British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, App. II, No. 10.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), (2), 52.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 81, 82, 88.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, c. P-40.1.  
 Order in Council, P.C. 2539 (September 11, 1917).  
*Oregon Boundary Treaty, 1846*, 34 B.S.P. 14.  
*Royal Proclamation of 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

### Authors Cited

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.

Asch, Michael and Patrick Macklem. "Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.

Binnie, W. I. C. "The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?" (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.

Bowker, Andrea. "*Sparrow's* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal" (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.

Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, "distinct", "distinctive", "tradition".

*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

*Tijani c. Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States c. Dion*, 476 U.S. 734 (1986); *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294.

### Lois et règlements cités

*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), app. II, n° 10.  
 Décret C.P. 2539 (11 septembre 1917).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), (2), 52.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1977, ch. P-40.1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 82, 88.  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).  
*Oregon Boundary Treaty, 1846*, 34 B.S.P. 14.  
*Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.  
*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, art. 27(5) [aj. DORS/85-290, art. 5].

### Doctrine citée

Asch, Michael. *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*. Toronto: Methuen, 1984.

Asch, Michael and Patrick Macklem. «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498.

Binnie, W. I. C. «The Sparrow Doctrine: Beginning of the End or End of the Beginning?» (1990), 15 *Queen's L.J.* 217.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1769.

Bowker, Andrea. «*Sparrow's* Promise: Aboriginal Rights in the B.C. Court of Appeal» (1995), 53 *Toronto Fac. L. Rev.* 1.

Chitty, Joseph. *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*. London: Butterworths, 1820.

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Edited by Della Thompson. Oxford: Clarendon Press, 1995, «distinct», «distinctive», «tradition».

*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Duff, Wilson. *The Upper Stalo Indians of the Fraser Valley, British Columbia (Anthropology in British Columbia — Memoir No. 1)*. Victoria: British Columbia Provincial Museum, 1952.

- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. "Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?" (1995), 41 *McGill L.J.* 59.
- Émond, André. "Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale" (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. "La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 ["Hunting, Gathering and Fishing Rights"], paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. "La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones" (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. "The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder" (1973), 51 *Can. Bar Rev.* 450.
- Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. "Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government" (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- 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.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, "ancestral".
- Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, "integral".
- Slattery, Brian. "Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.
- Elliott, David. *Law and Aboriginal Peoples of Canada*, 2nd ed. Canadian Legal Studies Series. North York, Ont.: Captus Press, 1994.
- Émond, André. «Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?» (1995), 41 *R.D. McGill* 59.
- Émond, André. «Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale» (1996), 30 *R.J.T.* 1.
- Grammond, Sébastien. «La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1382.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 1 [«Hunting, Gathering and Fishing Rights», paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260, 5-2265]. North Ryde: Butterworths Pty Limited, 1991 (loose-leaf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 11. London: Methuen, 1938.
- Lafontaine, Alain. «La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones» (1995), 36 *C. de D.* 669.
- Lyon, Noel. «An Essay on Constitutional Interpretation» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 95.
- Lysyk, Kenneth. «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder» (1973), 51 *R. du B. can.* 450.
- Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
- Macklem, Patrick. «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen's L.J.* 173.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- 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.
- Petit Robert I.* Paris: Le Robert, 1990, «ancestral».
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1973, «integral».
- Slattery, Brian. «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 681.

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 261.

Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1979.

Slattery, Brian. "The Legal Basis of Aboriginal Title". In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Walters, Mark. "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, allowing an appeal from a judgment of Selbie J. (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, allowing an appeal from conviction by Scarlett Prov. Ct. J., [1991] 3 C.N.L.R. 155. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Louise Mandell and Leslie J. Pinder*, for the appellant.

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

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

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

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

Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.

Slattery, Brian. «First Nations and the Constitution: A Question of Trust» (1992), 71 *R. du B. can.* 261.

Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983), 8 *Queen's L.J.* 232.

Slattery, Brian. *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as Affected by the Crown's Acquisition of Their Territories*. Saskatoon: University of Saskatchewan, Native Law Centre, 1979.

Slattery, Brian. «The Legal Basis of Aboriginal Title». In *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen*. Edited by Frank Cassidy. Lantzville, B.C.: Oolichan Books, 1992.

Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Walters, Mark. «British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, 29 B.C.A.C. 209, 48 W.A.C. 209, 83 C.C.C. (3d) 289, [1993] 5 W.W.R. 459, [1993] 4 C.N.L.R. 221, qui a accueilli l'appel contre le jugement du juge Selbie (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392, [1991] 3 C.N.L.R. 161, qui avait accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale, [1991] 3 C.N.L.R. 155. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Louise Mandell et Leslie J. Pinder*, pour l'appelante.

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

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

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

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

*Harry A. Slade, Arthur C. Pape 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 La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal, along with the companion appeals in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, raises the issue left unresolved by this Court in its judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075: How are the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to be defined?

<sup>2</sup> In *Sparrow*, Dickson C.J. and La Forest J., writing for a unanimous Court, outlined the framework for analyzing s. 35(1) claims. First, a court must determine whether an applicant has demonstrated that he or she was acting pursuant to an aboriginal right. Second, a court must determine whether that right has been extinguished. Third, a court must determine whether that right has been infringed. Finally, a court must determine whether the infringement is justified. In *Sparrow*, however, it was not seriously disputed that the Musqueam had an aboriginal right to fish for food, with the result that it was unnecessary for the Court to answer the question of how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined. It is this question and, in particular, the question of whether s. 35(1)

*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 La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, soulèvent la question que notre Cour n'a pas tranchée dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé la décision unanime de la Cour, ont donné les grandes lignes du cadre d'analyse des demandes fondées sur le par. 35(1). Premièrement, le tribunal doit déterminer si le demandeur a prouvé qu'il avait agi en vertu d'un droit ancestral. Deuxièmement, il doit décider s'il y a eu extinction de ce droit. Troisièmement, il doit déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit. Enfin, le tribunal doit décider si l'atteinte est justifiée. Dans *Sparrow*, toutefois, l'existence du droit ancestral des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires n'était pas sérieusement contestée, de sorte que notre Cour n'avait pas à trancher la question de savoir comment il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). C'est à cette question et, en particulier, à celle de savoir si le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit

recognizes and affirms the right of the Sto:lo to sell fish, which must now be answered by this Court.

In order to define the scope of aboriginal rights, it will be necessary first to articulate the purposes which underpin s. 35(1), specifically the reasons underlying its recognition and affirmation of the unique constitutional status of aboriginal peoples in Canada. Until it is understood why aboriginal rights exist, and are constitutionally protected, no definition of those rights is possible. As Dickson J. (as he then was) said in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, a constitutional provision must be understood "in the light of the interests it was meant to protect". This principle, articulated in relation to the rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies equally to the interpretation of s. 35(1).

This judgment will thus, after outlining the context and background of the appeal, articulate a test for identifying aboriginal rights which reflects the purposes underlying s. 35(1), and the interests which that constitutional provision is intended to protect.

## II. Statement of Facts

The appellant Dorothy Van der Peet was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offence of selling fish 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. At the time at which the appellant was charged s. 27(5) read:

27. . . .

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

The charges arose out of the sale by the appellant of 10 salmon on September 11, 1987. The salmon had been caught by Steven and Charles Jimmy under the authority of an Indian food fish

des Sto:lo de vendre du poisson, que notre Cour doit maintenant répondre.

Pour définir la portée des droits ancestraux, il sera d'abord nécessaire d'énoncer les objets qui sous-tendent le par. 35(1), en particulier les raisons pour lesquelles on y reconnaît et confirme le statut constitutionnel unique des peuples autochtones au Canada. En effet, tant que l'on n'a pas saisi pourquoi les droits ancestraux existent et sont protégés par la Constitution, il est impossible de les définir. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, les textes constitutionnels doivent être interprétés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger». Ce principe, énoncé à l'égard des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'applique également à l'interprétation du par. 35(1).

En conséquence, après un bref exposé du contexte du présent pourvoi, le présent jugement fera état, en vue de l'identification des droits ancestraux, d'un critère reflétant les objets visés au par. 35(1) et les intérêts que cette disposition constitutionnelle est censée protéger.

## II. Exposé des faits

L'appelante Dorothy Van der Peet a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, de l'infraction d'avoir vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. À la date où l'appelante a été inculpée, le par. 27(5) était ainsi rédigé:

27. . . .

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

Les accusations découlaient de la vente par l'appelante de 10 saumons le 11 septembre 1987. Ces poissons avaient été pris par Steven et Charles Jimmy en vertu d'un permis de pêche de subsis-

licence. Charles Jimmy is the common law spouse of the appellant. The appellant, a member of the Sto:lo, has not contested these facts at any time, instead defending the charges against her on the basis that in selling the fish she was exercising an existing aboriginal right to sell fish. The appellant has based her defence on the position that the restrictions imposed by s. 27(5) of the Regulations infringe her existing aboriginal right to sell fish and are therefore invalid on the basis that they violate s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

tance des Indiens. Charles Jimmy est le conjoint de fait de l'appelante. Celle-ci, membre des Sto:lo, n'a jamais contesté ces faits, invoquant plutôt pour sa défense qu'en vendant ces poissons elle exerçait un droit ancestral existant de vendre du poisson. L'appelante a fondé sa défense sur la thèse que les restrictions imposées par le par. 27(5) du Règlement portent atteinte à son droit ancestral existant de vendre du poisson et qu'elles sont donc invalides parce qu'elles violent le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### III. Judgments Below

### III. Les décisions des juridictions inférieures

*Provincial Court*, [1991] 3 C.N.L.R. 155

*La Cour provinciale*, [1991] 3 C.N.L.R. 155

7 Scarlett Prov. Ct. J. rejected the appellant's argument that she sold fish pursuant to an aboriginal right. On the basis of the evidence from members of the appellant's band, and anthropological experts, he found that, historically, the Sto:lo people clearly fished for food and ceremonial purposes, but that any trade in salmon that occurred was incidental and occasional only. He found, at p. 160, that there was no trade of salmon "in any regularized or market sense" but only "opportunistic exchanges taking place on a casual basis". He found that the Sto:lo could not preserve or store fish for extended periods of time and that the Sto:lo were a band rather than a tribal culture; he held both of these facts to be significant in suggesting that the Sto:lo did not engage in a market system of exchange. On the basis of these findings regarding the nature of the Sto:lo trade in salmon, Scarlett Prov. Ct. J. held that the Sto:lo's aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes does not include the right to sell such fish. He therefore found the accused guilty of violating s. 61(1) of the *Fisheries Act*.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a rejeté l'argument de l'appelante voulant qu'elle ait vendu du poisson en vertu d'un droit ancestral. S'appuyant sur les témoignages de membres de la bande et d'anthropologues, il a conclu que, historiquement, les Sto:lo avaient clairement pratiqué la pêche à des fins alimentaires et rituelles, mais que les échanges de saumons qui se produisaient avaient un caractère uniquement accessoire et occasionnel. Il a statué, à la p. 160, qu'il n'y avait pas de commerce du saumon [TRADUCTION] «au sens d'un commerce organisé ou d'un marché», mais seulement des «échanges découlant d'occasions fortuites». Il a conclu que les Sto:lo n'étaient pas en mesure de conserver ou d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes, et que leur culture était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Il a estimé que ces deux faits étaient importants en ce qu'ils tendaient à indiquer que les Sto:lo ne faisaient pas d'échanges dans le cadre d'un système de marché. Sur la foi de ces conclusions concernant la nature des échanges de saumon faits par les Sto:lo, le juge Scarlett a statué que le droit ancestral de ceux-ci de pêcher à des fins alimentaires et rituelles n'inclut pas le droit de vendre le poisson ainsi pris. Il a donc déclaré l'accusée coupable d'avoir contrevenu au par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*.

*Supreme Court of British Columbia* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Selbie J. of the Supreme Court of British Columbia held that Scarlett Prov. Ct. J. erred when he looked at the evidence in terms of whether or not it demonstrated that the Sto:lo participated in a market system of exchange. The evidence should not have been considered in light of “contemporary tests for ‘marketing’” (at para. 15) but should rather have been viewed so as to determine whether it “is more consistent with the aboriginal right to fish including the right to sell, barter or exchange than otherwise” (at para. 16). He held, at para. 16, that the evidence in this case was consistent with an aboriginal right to sell fish because it suggested that aboriginal societies had no stricture or prohibition against the sale of fish, with the result that “when the first Indian caught the first salmon he had the ‘right’ to do anything he wanted with it — eat it, trade it for deer meat, throw it back or keep it against a hungrier time”. Selbie J. therefore held that the Sto:lo had an aboriginal right to sell fish and that the trial judge’s verdict against the appellant was inconsistent with the evidence. He remanded for a new trial on the questions of whether this right had been extinguished, whether the regulations infringed the right and whether any infringement of the right had been justified.

*The Court of Appeal* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and restored the guilty verdict of Scarlett Prov. Ct. J. Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring) held, at para. 20, that a practice will be protected as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* where the evidence establishes that it had “been exercised, at the time sovereignty was asserted, for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society”. To be protected as an aboriginal right, however, the practice cannot have become “preva-

*La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 392

Le juge Selbie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que le juge Scarlett de la Cour provinciale avait commis une erreur en se demandant si la preuve établissait que les Sto:lo avaient fait des échanges dans le cadre d’un système de marché. La preuve n’aurait pas dû être examinée à la lumière des [TRADUCTION] «critères contemporains de «commercialisation»» (par. 15), mais plutôt en vue de déterminer si «elle [était] davantage compatible avec l’existence d’un droit de pêche ancestral incluant le droit de vendre ou d’échanger le produit de la pêche, que le contraire» (par. 16). Le juge a conclu, au par. 16, que, en l’espèce, la preuve était compatible avec l’existence d’un droit ancestral de vendre du poisson parce qu’elle tendait à indiquer que les sociétés autochtones ne faisaient l’objet d’aucune restriction ou interdiction en ce qui concerne la vente du poisson, de sorte que [TRADUCTION] «quand le premier Indien a pris le premier saumon il avait le «droit» d’en faire ce qu’il voulait — le manger, l’échanger contre de la viande de chevreuil, le remettre à l’eau ou le garder pour les temps plus difficiles». En conséquence, le juge Selbie a statué que les Sto:lo possédaient un droit ancestral de vendre du poisson et que la décision rendue par le juge du procès contre l’appelante était incompatible avec la preuve. Il a ordonné la tenue d’un nouveau procès sur les questions de savoir si ce droit avait été éteint, si le règlement portait atteinte à ce droit et, si oui, si la violation était justifiée.

*La Cour d’appel* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli à l’appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scarlett de la Cour provinciale. Le juge Macfarlane (avec l’appui du juge Taggart), a conclu, au par. 20, qu’une pratique est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en tant que droit ancestral si la preuve établit qu’elle a [TRADUCTION] «été exercée, au moment de l’affirmation de la souveraineté, pendant une période suffisamment longue pour devenir partie intégrante

lent merely as a result of European influences” (para. 21) but must rather arise from the aboriginal society itself. On the basis of this test Macfarlane J.A. held that the Sto:lo did not have an aboriginal right to sell fish. The question was not, he held at para. 30, whether the Sto:lo could support a right to dispose of surplus food fish on a casual basis but was rather whether they had a right to “sell fish allocated for food purposes on a commercial basis” which should be given constitutional priority in the allocation of the fishery resource. Given that this was the question, Macfarlane J.A. held that the assessment of the evidence by the trial judge was correct. The evidence, while indicating that surplus fish would have been disposed of or traded, did not establish that the “purpose of fishing was to engage in commerce” (para. 41). While the Sto:lo did trade salmon with the Hudson’s Bay Company prior to the British assertion of sovereignty in a manner that could be characterized as commercial, this trade was “not of the same nature and quality as the aboriginal traditions disclosed by the evidence” (para. 41) and did not, therefore, qualify for protection as an aboriginal right under s. 35(1).

de la société autochtone». Cependant, pour être protégée en tant que droit ancestral, la pratique ne doit pas s’être [TRADUCTION] «répandue du seul fait des influences européennes» (au par. 21), mais bien émaner de la société autochtone elle-même. Sur le fondement de ce critère, le juge Macfarlane a statué, au par. 30, que les Sto:lo n’avaient pas de droit ancestral de vendre du poisson. Il a conclu que la question n’était pas de savoir si les Sto:lo étaient en mesure d’établir l’existence du droit d’aliéner du poisson excédentaire à l’occasion, mais bien de savoir s’ils avaient le droit de [TRADUCTION] «vendre commercialement du poisson attribué à des fins alimentaires», droit qui doit bénéficier de la priorité garantie par la Constitution en ce qui concerne la répartition de cette ressource. Puisque c’était là la question à trancher, le juge Macfarlane a statué que le juge du procès avait bien apprécié la preuve qui — même si elle indiquait qu’on aliénait le poisson excédentaire, notamment par voie d’échanges — n’établissait pas que [TRADUCTION] «le but de la pêche était de faire le commerce du poisson» (par. 41). Bien que, avant l’affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les Sto:lo échangeaient effectivement du saumon à la Compagnie de la Baie d’Hudson contre d’autres biens, d’une manière qui pourrait être qualifiée de commerciale, ces échanges ne participaient «pas de la même nature et de la même qualité que les traditions autochtones dont l’existence avait été établie par la preuve» (par. 41), et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection du par. 35(1) en tant que droit ancestral.

10 In his concurring judgment Wallace J.A. articulated a test for aboriginal rights similar to that of Macfarlane J.A. in so far as he too held, at para. 78, that the practices protected as aboriginal rights by s. 35(1) are those “traditional and integral to the native society pre-sovereignty”. Wallace J.A. emphasized that s. 35(1) should not be interpreted as having the purpose of enlarging the pre-1982 concept of aboriginal rights; instead it should be seen as having the purpose of protecting from legislative encroachment those aboriginal rights that existed in 1982. Section 35(1) was not enacted so as to facilitate the current objectives of the aboriginal community but was rather enacted so as to pro-

Dans son jugement concordant, le juge Wallace a énoncé, à l’égard des droits ancestraux, un critère analogue à celui du juge Macfarlane, dans la mesure où il a lui aussi statué, au par. 78, que sont protégées par le par. 35(1) en tant que droits ancestraux les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles qui faisaient partie intégrante de la société autochtone avant l’affirmation de la souveraineté». Le juge Wallace a souligné qu’il ne faut pas considérer que le par. 35(1) a pour but d’élargir la notion de droits ancestraux telle qu’elle existait avant 1982, mais plutôt qu’il vise à protéger contre les atteintes législatives les droits ancestraux qui existaient en 1982. Le paragraphe 35(1) n’a pas été



tect "traditional aboriginal practices integral to the culture and traditional way of life of the native community" (para. 78). Wallace J.A. held, at para. 104, that rights should not be "determined by reference to the economic objectives of the rights-holders". He concluded from this analytical framework that the trial judge was correct in determining that the commercial sale of fish is different in nature and kind from the aboriginal right of the Sto:lo to fish for sustenance and ceremonial purposes, with the result that the appellant could not be said to have been exercising an aboriginal right when she sold the fish.

Lambert J.A. dissented. While he agreed that aboriginal rights are those aboriginal customs, traditions and practices which are an integral part of a distinctive aboriginal culture, he added to that proposition the proviso that to determine whether a practice is in fact integral it is necessary first to describe it correctly. In his view, the appropriate description of a right or practice is one based on the significance of the practice to the particular aboriginal culture. As such, in determining the extent to which aboriginal fishing is a protected right under s. 35(1) a court should look not to the purpose for which aboriginal people fished, but should rather look at the significance of fishing to the aboriginal society; it is the social significance of fishing which is integral to the distinctive aboriginal society and which is, therefore, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Lambert J.A. found support for this proposition in this Court's judgment in *Sparrow, supra*, in the American case law arising out of disputes over the terms of treaties signed with aboriginal people in the Pacific northwest (see, e.g., *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), and in the general principle that the definition of aboriginal rights must take into account the perspective of aboriginal people. Lambert J.A. held that the social significance of fishing for the Sto:lo was that fishing was the means by which they provided themselves with a moderate livelihood; he therefore

édicte pour faciliter la réalisation des objectifs actuels de la collectivité autochtone, mais bien pour protéger [TRADUCTION] «les pratiques autochtones traditionnelles qui font partie intégrante du mode de vie traditionnel et de la culture de la collectivité autochtone» (par. 78). Le juge Wallace a statué, au par. 104, que les droits ne doivent pas être [TRADUCTION] «déterminés eu égard aux objectifs économiques de leurs titulaires». À partir de ce cadre d'analyse, il a conclu que le juge du procès avait à juste titre statué que la vente de poisson à des fins commerciales diffère de par sa nature du droit ancestral des Sto:lo de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, de sorte qu'il était impossible d'affirmer que l'appelante exerçait un droit ancestral lorsqu'elle a vendu le poisson.

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Tout en convenant que les droits ancestraux sont les coutumes, pratiques et traditions autochtones qui font partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, il a ajouté la réserve que, pour décider si une pratique fait effectivement partie intégrante de cette culture, il faut d'abord la décrire correctement. Selon lui, pour bien décrire un droit ou une pratique il faut se fonder sur son importance pour la culture autochtone concernée. À cette fin, pour déterminer dans quelle mesure la pêche autochtone constitue un droit protégé par le par. 35(1), le tribunal doit tenir compte non pas du but dans lequel les autochtones pêchaient, mais plutôt de l'importance de la pêche pour la société autochtone. Ce n'est pas la pêche mais son importance sociale qui fait partie intégrante de la société autochtone distinctive et qui, de ce fait, est protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À l'appui de cette proposition, le juge Lambert a invoqué l'arrêt *Sparrow* de notre Cour, précité, ainsi qu'un arrêt américain touchant un différend concernant les conditions de traités signés avec les autochtones du nord-ouest de la côte du Pacifique (voir, p. ex., *Washington c. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658 (1979)), et le principe général que, dans la définition des droits ancestraux, il faut tenir compte du point de vue des autochtones. Le juge Lambert a conclu que l'importance de la pêche sur le plan social pour les Sto:lo était le fait que cette

held at para. 150 that the Sto:lo had an aboriginal right protected by s. 35(1)

*to catch and, if they wish, sell, themselves and through other members of the Sto:lo people, sufficient salmon to provide all the people who wish to be personally engaged in the fishery, and their dependent families, when coupled with their other financial resources, with a moderate livelihood. . . .* [Emphasis in original.]

Lambert J.A. rejected the position of the majority that the commercial dimension of the fishery was introduced by Europeans and therefore outside of the protection of s. 35(1). The key point, he suggested, is not that the Europeans introduced commerce, but is rather that as soon as the Europeans arrived the Sto:lo began trading with them. In doing so the Sto:lo were not breaking with their past; the trade with the Hudson's Bay Company "represented only a response to a new circumstance in the carrying out of the existing practice" (para. 180). Lambert J.A. went on to hold that the Sto:lo right to fish for a moderate livelihood had not been extinguished and that it had been infringed by s. 27(5) of the Regulations in a manner not justified by the Crown. He would thus have dismissed the appeal of the Crown and entered a verdict of acquittal.

12

Hutcheon J.A. also dissented. He did so on the basis that there is no authority for the proposition that the relevant point for identifying aboriginal rights is prior to contact with Europeans and European culture. Hutcheon J.A. held that the relevant historical time is instead 1846, the time of the assertion of British sovereignty in British Columbia. Since it is undisputed that by 1846 the Sto:lo were trading commercially in salmon, the Sto:lo can claim an aboriginal right to sell fish protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Hutcheon J.A. held further that this right had not been extinguished prior to 1982. In the result, he would have remanded for a new trial on the issues of infringement and justification.

activité était le moyen qui leur permettait de s'assurer une subsistance convenable. Il a par conséquent statué, au par. 150, que les Sto:lo possédaient le droit ancestral, protégé par le par. 35(1):

[TRADUCTION] *de prendre et, s'ils le désirent, de vendre eux-mêmes et par l'entremise d'autres Sto:lo, suffisamment de saumon pour assurer à tous ceux qui souhaitent pêcher — ainsi qu'aux personnes à leur charge —, compte tenu de leurs autres ressources financières, une subsistance convenable. . . .* [En italique dans l'original.]

Le juge Lambert a rejeté la position de la majorité que la dimension commerciale de la pêche a été introduite par les Européens et qu'elle ne bénéficie donc pas de la protection du par. 35(1). Le point essentiel, a-t-il affirmé, n'est pas que les Européens aient introduit le commerce, mais bien que, dès l'arrivée de ceux-ci, les Sto:lo ont commencé à faire du commerce avec eux. Ce faisant, ils ne rompaient pas avec leur passé. Le commerce avec la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «n'était qu'une réaction à une nouvelle circonstance dans l'exercice de la pratique existante» (par. 180). Le juge Lambert a ajouté que le droit des Sto:lo de pêcher pour s'assurer une subsistance convenable n'avait pas été éteint, et qu'il avait été violé par le par. 27(5) du Règlement, d'une manière qui n'a pas été justifiée par le ministère public. Il aurait donc rejeté l'appel de ce dernier et inscrit un acquittement.

Le juge Hutcheon a lui aussi exprimé sa dissidence. Il l'a fait sur le fondement que rien n'appuie la thèse que le moment pertinent pour l'identification des droits ancestraux est la période antérieure aux contacts avec les Européens et leur culture. Il a jugé que le moment historique pertinent est plutôt 1846, date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique. Comme il n'est pas contesté qu'en 1846 les Sto:lo faisaient le commerce du saumon, ils peuvent revendiquer un droit ancestral de vendre du poisson protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Hutcheon a en outre conclu que ce droit n'avait pas été éteint avant 1982. En conséquence, il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès sur les questions de l'atteinte à ce droit et de la justification.

#### IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on March 10, 1994. The following constitutional question was stated:

Is s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read on September 11, 1987, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, in virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, invoked by the appellant?

The appellant appealed on the basis that the Court of Appeal erred in defining the aboriginal rights protected by s. 35(1) as those practices integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples. The appellant argued that the Court of Appeal erred in holding that aboriginal rights are recognized for the purpose of protecting the traditional way of life of aboriginal people. The appellant also argued that the Court of Appeal erred in requiring that the Sto:lo satisfy a long-time use test, in requiring that they demonstrate an absence of European influence and in failing to adopt the perspective of aboriginal peoples themselves.

The First Nations Summit intervened in support of the appellant as did Delgamuukw et al. and Pamajewon et al. The Fisheries Council of British Columbia, the Attorney General of Quebec, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation intervened in support of the respondent Crown.

#### V. Analysis

##### *Introduction*

I now turn to the question which, as I have already suggested, lies at the heart of this appeal: How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?

In her factum the appellant argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined the rights in s. 35(1) in a fashion which

#### IV. Moyens d'appel

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 10 mars 1994. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait le 11 septembre 1987, est-il, dans les circonstances de la présente affaire, inopérant à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle invoque?

L'appelante a interjeté appel pour le motif que la Cour d'appel aurait fait erreur en définissant les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) comme étant les pratiques qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones. Elle a prétendu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que les droits ancestraux sont reconnus dans le but de protéger le mode de vie traditionnel des autochtones. Elle a de plus affirmé que la Cour d'appel avait fait erreur en exigeant que les Sto:lo satisfassent à un critère exigeant la preuve d'une longue période d'utilisation, en exigeant qu'ils démontrent l'absence d'influence européenne et en ne retenant pas le point de vue des autochtones eux-mêmes.

Le First Nations Summit, Delgamuukw et autres ainsi que Pamajewon et autres sont intervenus pour appuyer l'appelante. Le Fisheries Council of British Columbia, le procureur général du Québec, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation sont intervenus au soutien de l'intimée Sa Majesté la Reine.

#### V. Analyse

##### *Introduction*

J'aborde maintenant la question qui, comme je l'ai déjà indiqué, est au cœur du présent pourvoi: Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité avait commis une erreur en définissant les droits visés au par. 35(1) d'une

13

14

15

16

“converted a Right into a Relic”; such an approach, the appellant argued, is inconsistent with the fact that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are rights and not simply aboriginal practices. The appellant acknowledged that aboriginal rights are based in aboriginal societies and cultures, but argued that the majority of the Court of Appeal erred because it defined aboriginal rights through the identification of pre-contact activities instead of as pre-existing legal rights.

17 While the appellant is correct to suggest that the mere existence of an activity in a particular aboriginal community prior to contact with Europeans is not, in itself, sufficient foundation for the definition of aboriginal rights, the position she would have this Court adopt takes s. 35(1) too far from that which the provision is intended to protect. Section 35(1), it is true, recognizes and affirms existing aboriginal rights, but it must not be forgotten that the rights it recognizes and affirms are aboriginal.

18 In the liberal enlightenment view, reflected in the American Bill of Rights and, more indirectly, in the *Charter*, rights are held by all people in society because each person is entitled to dignity and respect. Rights are general and universal; they are the way in which the “inherent dignity” of each individual in society is respected: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336.

19 Aboriginal rights cannot, however, be defined on the basis of the philosophical precepts of the liberal enlightenment. Although equal in importance and significance to the rights enshrined in the *Charter*, aboriginal rights must be viewed differently from *Charter* rights because they are rights held only by aboriginal members of Canadian society. They arise from the fact that aboriginal people are aboriginal. As academic commentators have noted, aboriginal rights “inhere in the very meaning of aboriginality”, Michael Asch and Patrick Macklem, “Aboriginal Rights and Cana-

manière qui [TRADUCTION] «a transformé un droit en une relique». Une telle façon de voir, d'affirmer l'appelante, est inconciliable avec le fait que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont des droits et non simplement des pratiques autochtones. L'appelante a reconnu que les droits ancestraux tirent leur origine des sociétés et cultures autochtones, mais elle a soutenu que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur parce qu'elle a défini les droits ancestraux en s'attachant à identifier des activités antérieures au contact avec les Européens plutôt que des droits légaux préexistants.

Même si l'appelante a raison de dire que la simple existence d'une activité dans une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens n'est pas, en soi, un fondement suffisant pour définir des droits ancestraux, la thèse qu'elle voudrait que notre Cour adopte éloigne trop la protection du par. 35(1) de ce qu'elle est censée protéger. Il est vrai que le par. 35(1) reconnaît et confirme les droits ancestraux existants, mais il ne faut pas oublier que les droits qu'il reconnaît et confirme sont des droits autochtones.

Selon la philosophie libérale du Siècle des Lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis et, plus indirectement, la *Charte*, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels; ils constituent la manière dont la «dignité inhérente» à chaque individu dans la société est respectée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336.

Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte*, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. Comme l'ont souligné des commentateurs universitaires, les droits ancestraux [TRADUCTION] «participent de l'essence

dian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, at p. 502; they are the rights held by "Indians *qua* Indians", Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 776.

The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are rights but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are aboriginal. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights.

The way to accomplish this task is, as was noted at the outset, through a purposive approach to s. 35(1). It is through identifying the interests that s. 35(1) was intended to protect that the dual nature of aboriginal rights will be comprehended. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. explained the rationale for a purposive approach to constitutional documents. Courts should take a purposive approach to the Constitution because constitutions are, by their very nature, documents aimed at a country's future as well as its present; the Constitution must be interpreted in a manner which renders it "capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter, supra*, at p. 155. A purposive approach to s. 35(1), because ensuring that the provision is not viewed as static and only relevant to current circumstances, will ensure that the recognition and affirmation it offers are consistent with the fact that what it is recognizing and affirming are "rights". Further, because it requires the court to analyze a given constitutional provision "in the light of the interests it was meant to protect"

même de l'«autochtonité», Michael Asch et Patrick Macklem, «Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on *R. v. Sparrow*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 498, à la p. 502; il s'agit de droits détenus par [TRADUCTION] «les Indiens en tant qu'Indiens», Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 776.

Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de droits, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des autochtones. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect «ancestral» et l'aspect «droit» dans l'expression «droits ancestraux».

Comme il a été indiqué au début, la façon d'accomplir cette tâche est d'appliquer au par. 35(1) une analyse fondée sur l'objet. C'est par la détermination des intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'il est possible d'appréhender la dualité des droits ancestraux. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a expliqué la raison d'être de l'analyse fondée sur l'objet des textes constitutionnels. Ainsi, les tribunaux doivent donner à la Constitution une interprétation fondée sur l'objet parce que les constitutions sont, de par leur nature même, des documents conçus autant en fonction de l'avenir que du présent. La Constitution doit être interprétée de telle sorte qu'elle soit «susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées», *Hunter*, précité, à la p. 155. Parce qu'une telle approche assure que la disposition n'est pas considérée comme statique, et pertinente seulement par rapport aux circonstances présentes, l'application au par. 35(1) d'une analyse fondée sur l'objet garantit que la reconnaissance et la confirmation prévues par celui-ci sont compa-

20

21

(*Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344), a purposive approach to s. 35(1) will ensure that that which is found to fall within the provision is related to the provision's intended focus: aboriginal people and their rights in relation to Canadian society as a whole.

22 In *Sparrow*, *supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held at p. 1106 that it was through a purposive analysis that s. 35(1) must be understood:

The approach to be taken with respect to interpreting the meaning of s. 35(1) is derived from general principles of constitutional interpretation, principles relating to aboriginal rights, and the purposes behind the constitutional provision itself. [Emphasis added.]

In that case, however, the Court did not have the opportunity to articulate the purposes behind s. 35(1) as they relate to the scope of the rights the provision is intended to protect. Such analysis is now required to be undertaken.

*General Principles Applicable to Legal Disputes Between Aboriginal Peoples and the Crown*

23 Before turning to a purposive analysis of s. 35(1), however, it should be noted that such analysis must take place in light of the general principles which apply to the legal relationship between the Crown and aboriginal peoples. In *Sparrow*, *supra*, this Court held at p. 1106 that s. 35(1) should be given a generous and liberal interpretation in favour of aboriginal peoples:

When the purposes of the affirmation of aboriginal rights are considered, it is clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded. [Emphasis added].

24 This interpretive principle, articulated first in the context of treaty rights — *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 402; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1066 — arises from the

tibles avec le fait que ce qui est reconnu et confirmé ce sont des «droits». De plus, parce qu'elle oblige le tribunal à analyser des textes constitutionnels donnés «en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger» (*Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344), cette analyse du par. 35(1) fait en sorte que ce qui est jugé comme relevant de cette disposition se rapporte à son objet: les peuples autochtones et leurs droits par rapport à la société canadienne dans son ensemble.

Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont statué, à la p. 1106, qu'il faut interpréter le par. 35(1) en fonction de l'objet qu'il vise:

La méthode qu'il convient d'adopter pour interpréter le par. 35(1) 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. [Je souligne.]

Toutefois, dans cette affaire-là, notre Cour n'a pas eu l'occasion de dégager les objets sous-jacents au par. 35(1) eu égard à la portée des droits qu'il vise à protéger. Il faut faire cette analyse dans le présent cas.

*Principes généraux applicables aux litiges entre les peuples autochtones et l'État*

Toutefois, avant d'analyser le par. 35(1) en fonction de son objet, il convient de signaler qu'une telle analyse doit être faite à la lumière des principes généraux applicables aux rapports juridiques entre l'État et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour a statué, à la p. 1106, que le par. 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse et libérale en faveur des autochtones:

Si on considère les objectifs de la confirmation des droits ancestraux, il est évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose. [Je souligne.]

Ce principe d'interprétation, qui a d'abord été énoncé dans le contexte des droits issus de traités — *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 402; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la

nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples. The Crown has a fiduciary obligation to aboriginal peoples with the result that in dealings between the government and aboriginals the honour of the Crown is at stake. Because of this fiduciary relationship, and its implication of the honour of the Crown, treaties, s. 35(1), and other statutory and constitutional provisions protecting the interests of aboriginal peoples, must be given a generous and liberal interpretation: *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, at p. 279. This general principle must inform the Court's analysis of the purposes underlying s. 35(1), and of that provision's definition and scope.

The fiduciary relationship of the Crown and aboriginal peoples also means that where there is any doubt or ambiguity with regards to what falls within the scope and definition of s. 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of aboriginal peoples. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464, Dickson J. held that paragraph 13 of the Memorandum of Agreement between Manitoba and Canada, a constitutional document, "should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph". This interpretive principle applies equally to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and should, again, inform the Court's purposive analysis of that provision.

#### *Purposive Analysis of Section 35(1)*

I now turn to a purposive analysis of s. 35(1).

When the court identifies a constitutional provision's purposes, or the interests the provision is intended to protect, what it is doing in essence is explaining the rationale of the provision; it is articulating the reasons underlying the protection that the provision gives. With regards to s. 35(1), then, what the court must do is explain the rationale and foundation of the recognition and affirmation of the special rights of aboriginal peoples; it must identify the basis for the special status that aboriginal peoples have within Canadian society as a whole.

p. 1066 — découle de la nature des rapports entre l'État et les peuples autochtones. L'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. En raison de cette obligation de fiduciaire et de l'incidence de cette obligation sur l'honneur de l'État, les traités, le par. 35(1) et les autres dispositions législatives et constitutionnelles protégeant les droits des peuples autochtones doivent recevoir une interprétation généreuse et libérale: *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 279. Ce principe général doit guider la Cour dans l'analyse des objets qui sous-tendent le par. 35(1), ainsi que dans l'analyse de la définition et de la portée de cette disposition.

L'existence des rapports de fiduciaire qui existent entre l'État et les peuples autochtones emporte en outre que les doutes ou ambiguïtés concernant la portée et la définition des droits visés par le par. 35(1) doivent être résolus en faveur des peuples autochtones. Dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 464, le juge Dickson a affirmé, relativement à la clause 13 de la Convention entre le Manitoba et le Canada, un document constitutionnel, qu'il «faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis». Ce principe d'interprétation s'applique également au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, je le répète, il devrait guider la Cour dans son analyse de l'objet de cette disposition.

#### *Analyse de l'objet du par. 35(1)*

Je vais maintenant analyser l'objet du par. 35(1).

Quand le tribunal dégage les objets visés par une disposition constitutionnelle ou les intérêts que celle-ci est censée protéger, ce qu'il fait c'est essentiellement expliquer la raison d'être de cette disposition et énoncer les raisons sous-jacentes de la protection qu'elle offre. En ce qui concerne le par. 35(1), le tribunal doit donc expliquer la raison d'être et le fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits spéciaux des peuples autochtones, et identifier le fondement du statut particulier des peuples autochtones au sein de l'ensemble de la société canadienne.

25

26

27

28

In identifying the basis for the recognition and affirmation of aboriginal rights it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. At common law aboriginal rights did not, of course, have constitutional status, with the result that Parliament could, at any time, extinguish or regulate those rights: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 112; *R. v. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (S.C.C.), [1976] 2 S.C.R. v; it is this which distinguishes the aboriginal rights recognized and affirmed in s. 35(1) from the aboriginal rights protected by the common law. Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*, *supra*.

29

The fact that aboriginal rights pre-date the enactment of s. 35(1) could lead to the suggestion that the purposive analysis of s. 35(1) should be limited to an analysis of why a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status. This suggestion must be resisted. The pre-existence of aboriginal rights is relevant to the analysis of s. 35(1) because it indicates that aboriginal rights have a stature and existence prior to the constitutionalization of those rights and sheds light on the reasons for protecting those rights; however, the interests protected by s. 35(1) must be identified through an explanation of the basis for the legal doctrine of aboriginal rights, not through an explanation of why that legal doctrine now has constitutional status.

30

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peo-

Dans la détermination du fondement de la reconnaissance et de la confirmation des droits ancestraux, il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Évidemment, comme les droits ancestraux n'avaient pas, en common law, de statut constitutionnel, le législateur fédéral pouvait à tout moment les éteindre ou les réglementer: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 112; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.), [1976] 2 R.C.S. v; c'est ce qui distingue les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de ceux protégés par la common law. À la suite de l'adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu'en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow*, précité.

Le fait que les droits ancestraux sont antérieurs à l'édiction du par. 35(1) pourrait amener à conclure qu'il faudrait limiter l'analyse de l'objet de cette disposition aux raisons pour lesquelles une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel. Il faut s'abstenir de tirer pareille conclusion. La préexistence des droits ancestraux est un élément pertinent pour l'analyse du par. 35(1), parce qu'elle indique que l'importance et l'existence de ces droits sont antérieures à la constitutionnalisation de ceux-ci et qu'elle éclaire sur les raisons justifiant la protection qui leur est accordée. Toutefois, il faut identifier les intérêts protégés par le par. 35(1) en expliquant le fondement de la doctrine juridique des droits ancestraux, et non les raisons pour lesquelles cette doctrine a aujourd'hui un statut constitutionnel.

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-



ples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

That the purpose of s. 35(1) lies in its recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples is suggested by the French version of the text. For the English “existing aboriginal and treaty rights” the French text reads “[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités”. The term “ancestral”, which *Le Petit Robert 1* (1990) dictionary defines as “[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu’on tient des ancêtres”, suggests that the rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be temporally rooted in the historical presence — the ancestry — of aboriginal peoples in North America.

This approach to s. 35(1) is also supported by the prior jurisprudence of this Court. In *Calder*, *supra*, the Court refused an application by the Nishga for a declaration that their aboriginal title had not been extinguished. There was no majority in the Court as to the basis for this decision; however, in the judgments of both Judson J. and Hall J. (each speaking for himself and two others) the existence of aboriginal title was recognized. Hall J. based the Nishga’s aboriginal title in the fact that the land to which they were claiming title had “been in their possession from time immemorial” (*Calder*, *supra*, at p. 375). Judson J. explained the origins of the Nishga’s aboriginal title as follows, at p. 328:

dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

La conclusion que le par. 35(1) a pour objet de reconnaître l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones ressort du texte français de cette disposition. L’expression anglaise «*existing aboriginal and treaty rights*» est rendue en français par «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités». Le terme «ancestral», qui est défini ainsi dans le dictionnaire *Le Petit Robert 1* (1990): «[q]ui a appartenu aux ancêtres, qu’on tient des ancêtres», tend à indiquer que les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent, sur le plan temporel, tirer leur origine de la présence historique — des ancêtres — des peuples autochtones de l’Amérique du Nord.

Cette façon d’analyser le par. 35(1) trouve également appui dans des décisions antérieures de notre Cour. Dans *Calder*, précité, la Cour a refusé une demande des Nishgas qui sollicitaient une déclaration portant que leur titre aborigène n’avait pas été éteint. Aucune majorité ne s’est dégagée quant au fondement de la décision dans cet arrêt. Toutefois, dans leurs motifs respectifs, les juges Judson et Hall (chacun parlant aussi au nom de deux autres juges) ont reconnu l’existence du titre aborigène. Le juge Hall a basé le titre aborigène des Nishgas sur le fait que ceux-ci avaient «posséd[é] . . . de temps immémorial» (*Calder*, précité, à la p. 375) les terres dont ils revendiquaient le titre. Le juge Judson a expliqué ainsi les origines du titre aborigène des Nishgas, à la p. 328:

31

32

33

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. [Emphasis added.]

The position of Judson and Hall JJ. on the basis for aboriginal title is applicable to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Aboriginal title is the aspect of aboriginal rights related specifically to aboriginal claims to land; it is the way in which the common law recognizes aboriginal land rights. As such, the explanation of the basis of aboriginal title in *Calder, supra*, can be applied equally to the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). Both aboriginal title and aboriginal rights arise from the existence of distinctive aboriginal communities occupying "the land as their forefathers had done for centuries" (p. 328).

34

The basis of aboriginal title articulated in *Calder, supra*, was affirmed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. The decision in *Guerin* turned on the question of the nature and extent of the Crown's fiduciary obligation to aboriginal peoples; because, however, Dickson J. based that fiduciary relationship, at p. 376, in the "concept of aboriginal, native or Indian title", he had occasion to consider the question of the existence of aboriginal title. In holding that such title existed, he relied, at p. 376, on *Calder, supra*, for the proposition that "aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". [Emphasis added.]

35

The view of aboriginal rights as based in the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies, finds support in the early American decisions of Marshall C.J. Although the

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. [Je souligne.]

La position des juges Judson et Hall quant au fondement du titre aborigène est applicable aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Le titre aborigène est l'aspect des droits ancestraux qui se rapporte spécifiquement aux revendications territoriales des autochtones; c'est le moyen par lequel la common law reconnaît les droits fonciers des autochtones. Ainsi, l'explication donnée dans l'arrêt *Calder*, précité, relativement au fondement du titre aborigène peut être appliquée également aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). Tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant «les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles» (p. 328).

Le fondement du titre aborigène énoncé dans *Calder*, précité, a été confirmé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Cet arrêt concernait la nature et l'étendue de l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté envers les peuples autochtones. Cependant, comme il a fondé ce rapport de fiduciaire, à la p. 376, sur le «concept du titre aborigène, autochtone ou indien», le juge Dickson a eu l'occasion d'étudier la question de l'existence du titre aborigène. Pour conclure à l'existence d'un tel titre, il a invoqué, à la p. 376, l'arrêt *Calder*, précité, dans lequel «le titre aborigène [a été reconnu] comme un droit, en common law, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». [Je souligne.]

Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions

constitutional structure of the United States is different from that of Canada, and its aboriginal law has developed in unique directions, I agree with Professor Slattery both when he describes the Marshall decisions as providing "structure and coherence to an untidy and diffuse body of customary law based on official practice" and when he asserts that these decisions are "as relevant to Canada as they are to the United States" — "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 739. I would add to Professor Slattery's comments only the observation that the fact that aboriginal law in the United States is significantly different from Canadian aboriginal law means that the relevance of these cases arises from their articulation of general principles, rather than their specific legal holdings.

In *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), the first of the Marshall decisions on aboriginal title, the Supreme Court held that Indian land could only be alienated by the U.S. government, not by the Indians themselves. In the course of his decision (written for the court), Marshall C.J. outlined the history of the exploration of North America by the countries of Europe and the relationship between this exploration and aboriginal title. In his view, aboriginal title is the right of aboriginal people to land arising from the intersection of their pre-existing occupation of the land with the assertion of sovereignty over that land by various European nations. The substance and nature of aboriginal rights to land are determined by this intersection (at pp 572-74):

On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendancy. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the

américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l'organisation constitutionnelle des États-Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d'une manière propre, je suis d'accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu'elles donnent [TRADUCTION] «une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielles», et quand il affirme que ces décisions sont «aussi pertinentes au Canada qu'aux États-Unis» — «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 739. J'ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l'intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu'aux décisions spécifiques qui y sont prononcées.

Dans *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), première des décisions du juge Marshall sur le titre aborigène, la Cour suprême a statué que les terres des Indiens ne pouvaient être aliénées que par le gouvernement des États-Unis et non par les Indiens eux-mêmes. Dans sa décision (rédigée pour la cour), le juge en chef Marshall a fait l'historique de l'exploration de l'Amérique du Nord par les pays européens et établi le lien entre cette exploration et le titre aborigène. À son avis, le titre aborigène est le droit que possèdent les peuples autochtones sur le territoire et qui découle de l'intersection de leur occupation préexistante de ce territoire et de l'affirmation par les diverses nations européennes de leur souveraineté sur celui-ci. L'essence et la nature des droits fonciers ancestraux sont déterminées par cette intersection (aux pp. 572 à 574):

[TRADUCTION] Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes tenaient chacune à s'en approprier la plus grande partie possible. Dans ces vastes étendues, tous avaient amplement l'occasion de manifester leur ambition et leur esprit d'initiative; les caractères distinctifs et la religion des habitants du continent fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple sur lequel le génie supérieur européen pouvait prétendre exercer un ascendant. Les potentats du vieux monde

new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle, which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans, necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all, to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy. [Emphasis added.]

n'ont éprouvé aucune difficulté à se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange de l'indépendance absolue. Mais, comme ces potentats étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il était nécessaire, en vue d'éviter les conflits de colonisation et les guerres qui s'ensuivraient, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que la découverte conférait le titre au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce titre qui était opposable à tous les autres gouvernements européens pouvait être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'y établir des colonies. Il s'agissait là d'un droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'est un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en le respectant quand il était affirmé par d'autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien. [Je souligne.]

It is, similarly, the reconciliation of pre-existing aboriginal claims to the territory that now constitutes Canada, with the assertion of British sovereignty over that territory, to which the recognition and affirmation of aboriginal rights in s. 35(1) is directed.

In *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) the U.S. Supreme Court invalidated the conviction under a Georgia statute of a non-Cherokee man for the offence of living on the territory of the Cherokee Nation. The court held that the law under which he was convicted was *ultra vires* the State of Georgia. In so doing the court considered the nature and basis of the Cherokee claims to the land and to governance over that land. Again, it based its judgment on its analysis of the origins of those claims which, it held, lay in the relationship between the pre-existing rights of the "ancient possessors" of North America and the assertion of sovereignty by European nations (at pp. 542-43 and 559):

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, having institutions of their own, and governing themselves by their own laws. It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered, which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science, conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting, and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast, and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil, from

De la même façon, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux au par. 35(1) visent à concilier les droits préexistants des autochtones sur le territoire formant aujourd'hui le Canada avec l'affirmation de la souveraineté Britannique sur ce territoire.

Dans l'arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), la Cour suprême des États-Unis a invalidé la déclaration de culpabilité qui avait été prononcée en vertu d'une loi de l'État de la Géorgie contre un non-Cherokee, parce qu'il avait habité sur le territoire de la nation Cherokee. La cour a conclu que la loi en vertu de laquelle il avait été déclaré coupable outrepassait les pouvoirs de l'État de la Géorgie. Pour arriver à cette conclusion, elle a examiné la nature et le fondement des revendications des Cherokees quant à la propriété du territoire et à sa régie. Encore une fois, la cour a fondé son jugement sur son analyse des origines de ces revendications qui, selon elle, découlent du rapport entre les droits préexistants des «anciens possesseurs» de l'Amérique du Nord et l'affirmation de la souveraineté par les nations européennes (aux pp. 542, 543 et 559):

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois. Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquerrait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené, grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui passait le gros de leur temps à chasser, pêcher et guerroyer.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la

the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which, after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin; because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities, retaining their original natural rights, as the undisputed possessors of the soil, from time immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed. [Emphasis added.]

Marshall C.J.'s essential insight that the claims of the Cherokee must be analyzed in light of their pre-existing occupation and use of the land — their "undisputed" possession of the soil "from time immemorial" — is as relevant for the identification of the interests s. 35(1) was intended to protect as it was for the adjudication of Worcester's claim.

The High Court of Australia has also considered the question of the basis and nature of aboriginal rights. Like that of the United States, Australia's aboriginal law differs in significant respects from that of Canada. In particular, in Australia the courts have not as yet determined whether aboriginal fishing rights exist, although such rights are recognized by statute: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, paras. 5-2250, 5-2255, 5-2260 and 5-2265. Despite these relevant differences, the analysis of the basis of aboriginal title in the landmark decision of the High Court in *Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, is persuasive in the Canadian context.

propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'œil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

Les nations indiennes avaient toujours été considérées comme des communautés politiques distinctes, indépendantes, conservant leurs droits naturels initiaux, parce qu'ils avaient la possession incontestée du sol, de temps immémorial, sous réserve seulement des droits imposés par la puissance irrésistible, qui leur interdisait tout rapport avec quelque potentat européen autre que le premier découvreur de la côte de la région particulière revendiquée. [Je souligne.]

L'idée essentielle du juge en chef Marshall que les revendications des Cherokees doivent être analysées en fonction de leur occupation et utilisation préexistantes du territoire — leur possession «incontestée» du territoire, «de temps immémorial» — est aussi pertinente pour identifier les intérêts que le par. 35(1) vise à protéger qu'elle l'était pour statuer sur les prétentions de Worcester.

La Haute Cour d'Australie a elle aussi étudié la question du fondement et de la nature des droits ancestraux. Comme aux États-Unis, le droit relatif aux autochtones en Australie diffère sous des aspects importants du droit canadien. En particulier, les tribunaux australiens ne se sont pas encore prononcés sur l'existence de droits de pêche ancestraux, quoique ces droits soient reconnus par la loi: *Halsbury's Laws of Australia* (1991), vol. 1, par. 5-2250, 5-2255, 5-2260 et 5-2265. Malgré ces différences importantes, l'analyse du fondement du titre aborigène qui est faite dans l'arrêt de principe de la Haute Cour *Mabo c. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1, est convaincante dans le contexte canadien.

The *Mabo* judgment resolved the dispute between the Meriam people and the Crown regarding who had title to the Murray Islands. The islands had been annexed to Queensland in 1879 but were reserved for the native inhabitants (the Meriam) in 1882. The Crown argued that this annexation was sufficient to vest absolute ownership of the lands in the Crown. The High Court disagreed, holding that while the annexation did vest radical title in the Crown, it was insufficient to eliminate a claim for native title; the court held at pp. 50-51 that native title can exist as a burden on the radical title of the Crown: "there is no reason why land within the Crown's territory should not continue to be subject to native title. It is only the fallacy of equating sovereignty and beneficial ownership of land that gives rise to the notion that native title is extinguished by the acquisition of sovereignty".

From this premise, Brennan J., writing for a majority of the Court, went on at p. 58 to consider the nature and basis of aboriginal title:

Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs. The ascertainment may present a problem of considerable difficulty, as Moynihan J. perceived in the present case. It is a problem that did not arise in the case of a settled colony so long as the fictions were maintained that customary rights could not be reconciled "with the institutions or the legal ideas of civilized society", *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., at p. 233, that there was no law before the arrival of the British colonists in a settled colony and that there was no sovereign law-maker in the territory of a settled colony before sovereignty was acquired by the Crown. These fictions denied the possibility of a native title recognized by our laws. But once it is acknowledged that an inhabited territory which became a settled colony was no more a legal desert than it was "desert uninhabited" in fact, it is necessary to ascertain by evidence the nature and incidents of native title. [Emphasis added.]

L'arrêt *Mabo* a réglé le différend entre les Meriams et Sa Majesté concernant le titre sur les îles Murray. Ces îles avaient été annexées au Queensland en 1879, mais réservées aux aborigènes (les Meriams) en 1882. Sa Majesté a soutenu que cette annexion suffisait pour lui conférer la propriété absolue des terres. La Haute Cour a exprimé son désaccord, statuant que même si l'annexion avait effectivement conféré un titre absolu à Sa Majesté elle était insuffisante pour écarter la revendication d'un titre aborigène. La cour a conclu, aux pp. 50 et 51, que le titre aborigène peut exister à titre de charge grevant le titre absolu de Sa Majesté: [TRADUCTION] «il n'y a aucune raison pour que des terres comprises dans le territoire de Sa Majesté ne continuent pas d'être assujetties au titre aborigène. La notion que le titre aborigène est éteint par l'acquisition de la souveraineté procède du raisonnement faux qui assimile souveraineté et propriété bénéficiaire des terres».

À partir de cette prémisse, le juge Brennan, qui a rédigé les motifs de la majorité, a poursuivi, à la p. 58, en analysant la nature et le fondement du titre aborigène:

[TRADUCTION] Le titre aborigène tire son origine et son contenu des coutumes et des lois traditionnelles observées et reconnues par les habitants autochtones d'un territoire. La nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard à ces coutumes et à ces lois. Cette tâche peut présenter des difficultés considérables, comme l'a fait remarquer le juge Moynihan dans le présent cas. C'est un problème qui ne s'est pas posé dans le cas d'une colonie tant qu'ont été maintenues les fictions selon lesquelles les droits fondés sur la coutume ne pouvaient pas être conciliés «avec les institutions ou les conceptions juridiques des sociétés civilisées», *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C., à la p. 233, qu'il n'existait aucune loi avant l'arrivée des colons britanniques et qu'il n'y avait aucun législateur souverain dans le territoire d'une colonie avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté. Ces fictions ont empêché la reconnaissance d'un titre aborigène dans nos lois. Mais dès l'instant où il est reconnu qu'un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un «désert», il est nécessaire de déterminer, selon la preuve, la nature et les attributs du titre aborigène. [Je souligne.]

This position is the same as that being adopted here. “Traditional laws” and “traditional customs” are those things passed down, and arising, from the pre-existing culture and customs of aboriginal peoples. The very meaning of the word “tradition” — that which is “handed down [from ancestors] to posterity”, *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), — implies these origins for the customs and laws that the Australian High Court in *Mabo* is asserting to be relevant for the determination of the existence of aboriginal title. To base aboriginal title in traditional laws and customs, as was done in *Mabo*, is, therefore, to base that title in the pre-existing societies of aboriginal peoples. This is the same basis as that asserted here for aboriginal rights.

Cette position est identique à celle qui est adoptée dans le présent pourvoi. Les «coutumes traditionnelles» et les «lois traditionnelles» sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones. Le sens même du mot «tradition» — ce qui est [TRADUCTION] «transmis [par les ancêtres] à leurs descendants», *The Concise Oxford Dictionary* (9<sup>e</sup> éd. 1995) — suppose, dans le cas des coutumes et des lois, les origines que la Haute Cour d’Australie dans *Mabo* déclarent pertinentes pour la détermination de l’existence du titre aborigène. Baser le titre aborigène sur les lois et les coutumes traditionnelles, comme l’a fait la cour dans l’arrêt *Mabo*, revient donc à fonder ce titre dans les sociétés préexistantes des peuples autochtones. Il s’agit du même fondement que celui qui est avancé en l’espèce pour les droits ancestraux.

41

Academic commentators have also been consistent in identifying the basis and foundation of the s. 35(1) claims of aboriginal peoples in aboriginal occupation of North America prior to the arrival of Europeans. As Professor David Elliott, at p. 25, puts it in his compilation *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2nd ed. 1994), the “prior aboriginal presence is at the heart of the concept of aboriginal rights”. Professor Macklem has, while also considering other possible justifications for the recognition of aboriginal rights, described prior occupancy as the “familiar” justification for aboriginal rights, arising from the “straightforward conception of fairness which suggests that, all other things being equal, a prior occupant of land possesses a stronger claim to that land than subsequent arrivals”: Patrick Macklem, “Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 173, at p. 180. Finally, I would note the position of Professor Pentney who has described aboriginal rights as collective rights deriving “their existence from the common law’s recognition of [the] prior social organization” of aboriginal peoples: William Pentney, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982, Part II* —

Les commentateurs universitaires ont constamment indiqué que les droits des peuples autochtones visés au par. 35(1) tiraient leur origine et leur fondement de l’occupation de l’Amérique du Nord par les autochtones avant l’arrivée des Européens. Comme le dit le professeur David Elliott, à la p. 25 de son recueil *Law and Aboriginal Peoples of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1994) la [TRADUCTION] «présence antérieure des autochtones est au cœur du concept des droits ancestraux». Le professeur Macklem, tout en examinant aussi d’autres justifications possibles pour la reconnaissance des droits ancestraux, a décrit l’occupation antérieure comme étant la justification [TRADUCTION] «usuelle» des droits ancestraux, qui découle de la «conception simple de l’équité selon laquelle, toutes choses égales d’ailleurs, le premier occupant d’un territoire possède sur celui-ci un droit supérieur à faire valoir que ceux qui arrivent plus tard»: Patrick Macklem, «Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government» (1995), 21 *Queen’s L.J.* 173, à la p. 180. Finalement, je tiens à souligner la position du professeur Pentney, qui a décrit les droits ancestraux comme étant des droits collectifs tirant [TRADUCTION] «leur existence de la reconnaissance en common law de l’organisation sociale antérieure» des peuples autochtones: William Pentney,



Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 258.

I would note that the legal literature also supports the position that s. 35(1) provides the constitutional framework for reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies occupying the land with Crown sovereignty. In his comment on *Delgamuukw v. British Columbia* ("British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*" (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters suggests at pp. 412-13 that the essence of aboriginal rights is their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures:

The challenge of defining aboriginal rights stems from the fact that they are rights peculiar to the meeting of two vastly dissimilar legal cultures; consequently there will always be a question about which legal culture is to provide the vantage point from which rights are to be defined. . . . a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both legal perspectives. [Emphasis added.]

Similarly, Professor Slattery has suggested that the law of aboriginal rights is "neither English nor aboriginal in origin: it is a form of intersocietal law that evolved from long-standing practices linking the various communities" (Brian Slattery, "The Legal Basis of Aboriginal Title", in Frank Cassidy, ed., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), at pp. 120-21) and that such rights concern "the status of native peoples living under the Crown's protection, and the position of their lands, customary laws, and political institutions" ("Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at p. 737).

The Canadian, American and Australian jurisprudence thus supports the basic proposition put forward at the beginning of this section: the aboriginal rights recognized and affirmed by

«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, à la p. 258.

Je signale également que la littérature juridique appuie aussi la thèse selon laquelle le par. 35(1) fournit le cadre constitutionnel permettant de concilier la souveraineté de Sa Majesté avec la préexistence de sociétés autochtones distinctives occupant le territoire. Dans son commentaire sur l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* («British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*» (1992), 17 *Queen's L.J.* 350), Mark Walters émet l'avis, aux pp. 412 et 413, que l'essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones:

[TRADUCTION] La difficulté que pose la définition des droits ancestraux tient au fait que ce sont des droits particuliers à la rencontre de deux cultures juridiques extrêmement dissemblables; par conséquent, il faudra toujours se demander à partir de laquelle de ces cultures les droits doivent être définis [ . . . ] une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera ces deux points de vue juridiques. [Je souligne.]

De même, le professeur Slattery a avancé que le droit relatif aux droits ancestraux n'est [TRADUCTION] «ni d'origine anglaise, ni d'origine autochtone: il s'agit d'une forme de droit intersociétal, découlant de l'évolution de pratiques de longue date liant les diverses collectivités» (Brian Slattery, «The Legal Basis of Aboriginal Title» dans Frank Cassidy, dir., *Aboriginal Title in British Columbia: Delgamuukw v. The Queen* (1992), aux pp. 120 et 121) et que ces droits concernent [TRADUCTION] «le statut des peuples autochtones vivant sous la protection de Sa Majesté, ainsi que la place faite à leurs terres, à leurs règles de droit coutumier et à leurs institutions politiques» («Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 737).

La jurisprudence et la doctrine canadiennes, américaines et australiennes étayent donc la thèse fondamentale suivante, avancée au début de la présente section: la meilleure façon de décrire les

s. 35(1) are best understood as, first, the means by which the Constitution recognizes the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as, second, the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. The content of aboriginal rights must be directed at fulfilling both of these purposes; the next section of the judgment, as well as that which follows it, will attempt to accomplish this task.

*The Test for Identifying Aboriginal Rights in Section 35(1)*

44 In order to fulfil the purpose underlying s. 35(1) — i.e., the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions — the test for identifying the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed at identifying the crucial elements of those pre-existing distinctive societies. It must, in other words, aim at identifying the practices, traditions and customs central to the aboriginal societies that existed in North America prior to contact with the Europeans.

45 In *Sparrow*, *supra*, this Court did not have to address the scope of the aboriginal rights protected by s. 35(1); however, in their judgment at p. 1099 Dickson C.J. and La Forest J. identified the Musqueam right to fish for food in the fact that:

The anthropological evidence relied on to establish the existence of the right suggests that, for the Musqueam, the salmon fishery has always constituted an integral part of their distinctive culture. Its significant role involved not only consumption for subsistence purposes, but also consumption of salmon on ceremonial and social occasions. The Musqueam have always fished for reasons connected to their cultural and physical survival. [Emphasis added.]

droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) est de dire qu'ils sont, premièrement, le moyen par lequel la Constitution reconnaît le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et, deuxièmement, le moyen de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien. Le contenu des droits ancestraux doit viser la réalisation de ces deux objets. Dans la prochaine partie du jugement, ainsi que dans celle qui suivra, c'est la tâche que l'on tente d'accomplir.

*Le critère d'identification des droits ancestraux visés au par. 35(1)*

Pour réaliser l'objet qui sous-tend le par. 35(1) — c'est-à-dire la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions —, le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens.

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, notre Cour n'a pas eu à étudier la portée des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Toutefois, dans leur jugement, à la p. 1099, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dégagé le droit des Musqueams de pêcher à des fins alimentaires du fait suivant:

D'après la preuve anthropologique produite pour établir l'existence de ce droit, la pêche au saumon a toujours fait partie intégrante de la culture distinctive des Musqueams. Le rôle important qu'elle joue ne se résume pas à la consommation à des fins de subsistance, mais il comprend également la consommation de saumon dans le cadre d'activités rituelles et sociales. Les Musqueams ont toujours pêché pour des raisons liées à leur survie culturelle et matérielle. [Je souligne.]

The suggestion of this passage is that participation in the salmon fishery is an aboriginal right because it is an “integral part” of the “distinctive culture” of the Musqueam. This suggestion is consistent with the position just adopted; identifying those practices, customs and traditions that are integral to distinctive aboriginal cultures will serve to identify the crucial elements of the distinctive aboriginal societies that occupied North America prior to the arrival of Europeans.

In light of the suggestion of *Sparrow, supra*, and the purposes underlying s. 35(1), the following test should be used to identify whether an applicant has established an aboriginal right protected by s. 35(1): in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

I would note that this test is, in large part, consistent with that adopted by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Although the various judges disagreed on such crucial questions as how the right should be framed, the relevant time at which the aboriginal culture should be examined and the role of European influences in limiting the scope of the right, all of the judges agreed that aboriginal rights must be identified through the practices, customs and traditions of aboriginal cultures. Macfarlane J.A. held at para. 20 that aboriginal rights exist where “the right had been exercised . . . for a sufficient length of time to become integral to the aboriginal society” (emphasis added); Wallace J.A. held at para. 78 that aboriginal rights are those practices “traditional and integral to the native society” (emphasis added); Lambert J.A. held at para. 131 that aboriginal rights are those “custom[s], tradition[s], or practice[s] . . . which formed an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people in question” (emphasis added). While, as will become apparent, I do not adopt entirely the position of any of the judges at the Court of Appeal, their shared position that aboriginal rights lie in those practices,

L’idée qui ressort de ce passage est que la participation à la pêche au saumon est un droit ancestral parce que cette activité fait «partie intégrante» de la «culture distinctive» des Musqueams. Cette idée est compatible avec la position qui vient d’être adoptée; le fait de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures autochtones distinctives permettra d’identifier les éléments fondamentaux des sociétés autochtones distinctives qui occupaient l’Amérique du Nord avant l’arrivée des Européens.

À la lumière de l’idée exprimée dans *Sparrow*, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1): pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

Je tiens à souligner que ce critère est, dans une large mesure, conforme à celui adopté par les juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Quoique ceux-ci n’aient pas tous été d’accord sur des questions cruciales telles que la manière de formuler ce droit, la période pertinente pour l’examen de la culture autochtone et le rôle des influences européennes dans la limitation de la portée de ce droit, ils ont par ailleurs tous été d’accord pour dire que les droits ancestraux doivent être identifiés au moyen des coutumes, pratiques et traditions des cultures autochtones. Le juge Macfarlane a conclu, au par. 20, que des droits ancestraux existent lorsqu’ils [TRADUCTION] «sont exercés [. . .] depuis assez longtemps pour être devenus partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Pour sa part, le juge Wallace a statué, au par. 78, que les droits ancestraux sont les pratiques [TRADUCTION] «traditionnelles faisant partie intégrante de la société autochtone» (je souligne). Le juge Lambert a affirmé, au par. 131, que les droits ancestraux sont [TRADUCTION] «les coutume[s], pratique[s] et tradition[s] . . . qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone en question» (je souligne). Même si,

46

47

customs and traditions that are integral is consistent with the test I have articulated here.

*Factors to be Considered in Application of the Integral to a Distinctive Culture Test*

48

The test just laid out — that aboriginal rights lie in the practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal peoples — requires further elaboration with regards to the nature of the inquiry a court faced with an aboriginal rights claim must undertake. I will now undertake such an elaboration, concentrating on such questions as the time period relevant to the court's inquiry, the correct approach to the evidence presented, the specificity necessary to the court's inquiry, the relationship between aboriginal rights and the rights of aboriginal people as Canadian citizens, and the standard that must be met in order for a practice, custom or tradition to be said to be "integral".

Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves

49

In assessing a claim for the existence of an aboriginal right, a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. In *Sparrow, supra*, Dickson C.J. and La Forest J. held, at p. 1112, that it is "crucial to be sensitive to the aboriginal perspective itself on the meaning of the rights at stake". It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware

comme cela deviendra manifeste, je n'adopte pas entièrement la position de l'un ou l'autre des juges de la Cour d'appel, leur position commune que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture en cause est compatible avec le critère que j'ai énoncé en l'espèce.

*Facteurs à prendre en considération dans l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive*

Il convient de préciser davantage le critère énoncé plus haut — savoir que les droits ancestraux résident dans les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives des peuples autochtones — pour ce qui concerne la nature de l'examen que doit faire le tribunal saisi de la revendication de droits ancestraux. Je vais maintenant donner ces précisions, en me concentrant sur des questions telles que la période pertinente pour cet examen, la bonne façon d'apprécier la preuve présentée, le caractère spécifique de l'examen du tribunal, le rapport entre les droits ancestraux et les droits des autochtones en tant que citoyens canadiens et, enfin, la norme à laquelle une coutume, une pratique ou une tradition doit satisfaire pour être considérée comme une «partie intégrante».

Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes

Dans son appréciation d'une revendication invoquant l'existence d'un droit ancestral, le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit. Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont décidé, à la p. 1112, qu'il est «crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature des droits en cause». Toutefois, il faut également reconnaître que ce point de vue doit être exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada. Comme il a déjà été signalé, un des objets fondamentaux du par. 35(1) est la conciliation de la préexistence de sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté de Sa Majesté. Les tribunaux appelés à statuer sur des

that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada. To quote again Walters, at p. 413: “a morally and politically defensible conception of aboriginal rights will incorporate both [aboriginal and non-aboriginal] legal perspectives”. The definition of an aboriginal right must, if it is truly to reconcile the prior occupation of Canadian territory by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over that territory, take into account the aboriginal perspective, yet do so in terms which are cognizable to the non-aboriginal legal system.

It is possible, of course, that the Court could be said to be “reconciling” the prior occupation of Canada by aboriginal peoples with Crown sovereignty through either a narrow or broad conception of aboriginal rights; the notion of “reconciliation” does not, in the abstract, mandate a particular content for aboriginal rights. However, the only fair and just reconciliation is, as Walters suggests, one which takes into account the aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law. True reconciliation will, equally, place weight on each.

Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right

Related to this is the fact that in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant’s claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant’s claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support.

revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien. Pour citer de nouveau Mark Walters, à la p. 413: [TRADUCTION] «une conception moralement et politiquement défendable des droits ancestraux intégrera les deux points de vue juridiques [autochtone et non autochtone]». Pour concilier véritablement l’occupation antérieure du territoire canadien par les peuples autochtones avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur celui-ci, un droit ancestral doit être défini d’une manière qui, tout en tenant compte du point de vue des autochtones, soit néanmoins compatible avec le système juridique non autochtone.

Évidemment, il est possible que l’on dise que la Cour «concilie» l’occupation antérieure du pays par les peuples autochtones avec la souveraineté de Sa Majesté suivant une conception soit restrictive, soit libérale des droits ancestraux; la notion de «conciliation» ne commande pas, dans l’abstrait, que l’on donne un contenu particulier aux droits ancestraux. Cela dit, toutefois, la seule façon juste et équitable de faire cette conciliation est, comme le propose Mark Walters, de tenir compte à la fois du point de vue des autochtones et de la common law. La conciliation véritable accorde, également, de l’importance à chacun de ces éléments.

Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu’il décide si le requérant autochtone a établi l’existence d’un droit ancestral

Se rattache à cette question le fait que, dans l’appréciation de la revendication d’un droit ancestral, le tribunal doit d’abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d’abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l’appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir.

50

51

52

I would note here by way of illustration that, in my view, both the majority and the dissenting judges in the Court of Appeal erred with respect to this aspect of the inquiry. The majority held that the appellant's claim was that the practice of selling fish "on a commercial basis" constituted an aboriginal right and, in part, rejected her claim on the basis that the evidence did not support the existence of such a right. With respect, this characterization of the appellant's claim is in error; the appellant's claim was that the practice of selling fish was an aboriginal right, not that selling fish "on a commercial basis" was. It was however, equally incorrect to adopt, as Lambert J.A. did, a "social" test for the identification of the practice, tradition or custom constituting the aboriginal right. The social test casts the aboriginal right in terms that are too broad and in a manner which distracts the court from what should be its main focus — the nature of the aboriginal community's practices, customs or traditions themselves. The nature of an applicant's claim must be delineated in terms of the particular practice, custom or tradition under which it is claimed; the significance of the practice, custom or tradition to the aboriginal community is a factor to be considered in determining whether the practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture, but the significance of a practice, custom or tradition cannot, itself, constitute an aboriginal right.

53

To characterize an applicant's claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right. In this case, therefore, the Court will consider the actions which led to the appellant's being charged, the fishery regulation under which she was charged and the practices, customs and traditions she invokes in support of her claim.

Je ferai remarquer ici, à titre d'exemple, qu'à mon sens tant les juges de la majorité que les dissidents en Cour d'appel ont fait erreur sur cet aspect de l'examen. Les juges de la majorité ont conclu que l'appelante soutenait que la pratique consistant à vendre du poisson «commerciallement» constituait un droit ancestral, et ils ont en partie rejeté sa revendication pour le motif que la preuve n'appuyait pas l'existence d'un tel droit. Avec égards, cette caractérisation de la revendication de l'appelante est erronée. L'appelante prétendait que la pratique qui consiste à vendre du poisson est un droit ancestral, et non que le fait de vendre «commerciallement» du poisson est un tel droit. Toutefois, il était tout aussi inexact d'adopter, comme l'a fait le juge Lambert, un critère «social» afin d'identifier la coutume, pratique ou tradition qui constitue le droit ancestral. Le critère social a pour effet de décrire le droit ancestral dans des termes trop larges et d'une façon qui éloigne le tribunal de ce qui doit être l'aspect principal de son examen — la nature des coutumes, pratiques ou traditions mêmes de la collectivité autochtone. La nature de la revendication du demandeur doit être définie en fonction de la coutume, pratique ou tradition particulière invoquée au soutien de celle-ci. L'importance de la coutume, pratique ou tradition pour la collectivité autochtone est un facteur qui doit être pris en considération pour décider si cette coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive, mais l'importance d'une coutume, pratique ou tradition ne peut, en soi, faire de celle-ci un droit ancestral.

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, d'affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit. Par conséquent, dans la présente espèce, notre Cour prendra en considération les actes qui ont conduit à l'inculpation de l'appelante, le règlement de pêche en vertu duquel elle a été inculpée et les coutumes, pratiques et traditions qu'elle invoque à l'appui de sa revendication.

It should be acknowledged that a characterization of the nature of the appellant's claim from the actions which led to her being charged must be undertaken with some caution. In order to inform the court's analysis the activities must be considered at a general rather than at a specific level. Moreover, the court must bear in mind that the activities may be the exercise in a modern form of a practice, custom or tradition that existed prior to contact, and should vary its characterization of the claim accordingly.

In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was.

This aspect of the integral to a distinctive culture test arises from fact that aboriginal rights have their basis in the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies. To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal

Il convient de reconnaître qu'il faut faire preuve de prudence en caractérisant la revendication de l'appelante à partir des actes qui ont conduit à son inculpation. Pour se guider dans son analyse, le tribunal doit examiner ces activités d'un point de vue général et non spécifique. De plus, le tribunal ne doit pas perdre de vue qu'il est possible que les activités en question soient l'exercice, sous une forme contemporaine, d'une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, auquel cas il doit adapter sa caractérisation de la revendication en conséquence.

Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre qu'elle était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était.

Cet aspect du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive découle du fait que les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure du Canada par des sociétés autochtones distinctives. Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la

rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1).

57

Moreover, the aboriginal rights protected by s. 35(1) have been said to have the purpose of reconciling pre-existing aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canada. To reconcile aboriginal societies with Crown sovereignty it is necessary to identify the distinctive features of those societies; it is precisely those distinctive features which need to be acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown.

58

As was noted earlier, Lambert J.A. erred when he used the significance of a practice, custom or tradition as a means of identifying what the practice, custom or tradition is; however, he was correct to recognize that the significance of the practice, custom or tradition is important. The significance of the practice, custom or tradition does not serve to identify the nature of a claim of acting pursuant to an aboriginal right; however, it is a key aspect of the court's inquiry into whether a practice, custom or tradition has been shown to be an integral part of the distinctive culture of an aboriginal community. The significance of the practice, custom or tradition will inform a court as to whether or not that practice, custom or tradition can be said to be truly integral to the distinctive culture in question.

59

A practical way of thinking about this problem is to ask whether, without this practice, custom or tradition, the culture in question would be fundamentally altered or other than what it is. One must ask, to put the question affirmatively, whether or not a practice, custom or tradition is a defining feature of the culture in question.

The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact

60

The time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the

société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1).

Qui plus est, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) ont pour objet, a-t-on affirmé, de concilier les sociétés autochtones préexistantes avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le Canada. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier les caractéristiques distinctives de ces sociétés, car ce sont précisément ces caractéristiques distinctives qui doivent être reconnues et conciliées avec la souveraineté de Sa Majesté.

Comme il a été indiqué précédemment, le juge Lambert a commis une erreur en se servant de l'importance d'une coutume, pratique ou tradition comme moyen d'identifier cette coutume, pratique ou tradition. Toutefois, il a eu raison de reconnaître que l'importance de la coutume, pratique ou tradition est un facteur clé. L'importance de la coutume, pratique ou tradition ne sert pas à identifier la nature de la prétention du demandeur qu'il a agi en vertu d'un droit ancestral. Cependant, il s'agit d'un aspect essentiel de l'examen du tribunal sur la question de savoir si la preuve établit qu'une coutume, pratique ou tradition fait partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone. L'importance de la coutume, pratique ou tradition guidera le tribunal dans son analyse de la question de savoir s'il est possible d'affirmer qu'elle fait vraiment partie intégrante de la culture distinctive en cause.

Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou différente. Reformulée affirmativement, cette question consiste à se demander si la coutume, pratique ou tradition est une caractéristique déterminante de la culture en cause.

Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens

La période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait



standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies. Because it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights.

The fact that the doctrine of aboriginal rights functions to reconcile the existence of pre-existing aboriginal societies with the sovereignty of the Crown does not alter this position. Although it is the sovereignty of the Crown that the pre-existing aboriginal societies are being reconciled with, it is to those pre-existing societies that the court must look in defining aboriginal rights. It is not the fact that aboriginal societies existed prior to Crown sovereignty that is relevant; it is the fact that they existed prior to the arrival of Europeans in North America. As such, the relevant time period is the period prior to the arrival of Europeans, not the period prior to the assertion of sovereignty by the Crown.

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the

au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes. Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux.

Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.

Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques

pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights.

63

I would note in relation to this point the position adopted by Brennan J. in *Mabo, supra*, where he holds, at p. 60, that in order for an aboriginal group to succeed in its claim for aboriginal title it must demonstrate that the connection with the land in its customs and laws has continued to the present day:

... when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition.

The relevance of this observation for identifying the rights in s. 35(1) lies not in its assertion of the effect of the disappearance of a practice, custom or tradition on an aboriginal claim (I take no position on that matter), but rather in its suggestion of the importance of considering the continuity in the practices, customs and traditions of aboriginal communities in assessing claims to aboriginal rights. It is precisely those present practices, customs and traditions which can be identified as having continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact that will be the basis for the identification and definition of aboriginal rights under s. 35(1). Where an aboriginal community can demonstrate that a particular practice, custom or tradition is integral to its distinctive culture today, and that this practice, custom or tradition has continuity with the practices, customs and traditions of pre-contact times, that community will have demonstrated that the practice, custom or tradition is an aboriginal right for the purposes of s. 35(1).

64

The concept of continuity is also the primary means through which the definition and identification of aboriginal rights will be consistent with the

et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens.

Sur ce point, je tiens à souligner la position adoptée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo*, précité, où il a statué, à la p. 60, que pour avoir gain de cause le groupe autochtone qui revendique un titre aborigène doit établir que le lien rattachant ses coutumes et ses lois au territoire s'est perpétué jusqu'à nos jours:

[TRADUCTION] ... quand, par suite de la marche du temps, les coutumes et les lois traditionnelles ont, dans les faits, cessé d'être observées, le fondement du titre aborigène a disparu. Il est impossible de faire renaître, en vue d'une reconnaissance contemporaine, un titre aborigène qui s'est éteint par suite de l'abandon des coutumes et des lois fondées sur la tradition.

La pertinence de cette observation pour l'identification des droits visés au par. 35(1) ne réside pas dans les propos concernant l'effet de la disparition d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition sur une revendication autochtone (je ne me prononce pas sur ce point), mais dans l'idée qui y est avancée relativement à l'importance de tenir compte, dans l'appréciation des revendications de droits ancestraux, de la continuité des coutumes, pratiques et traditions des collectivités autochtones. Ce sont précisément les coutumes, pratiques et traditions actuelles, à l'égard desquelles il est possible d'établir qu'elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, qui serviront de fondement pour l'identification et la définition des droits ancestraux visés au par. 35(1). Quand une collectivité autochtone peut démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition particulière fait partie intégrante de sa culture distinctive aujourd'hui et marque une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions de l'époque antérieure au contact avec les Européens, cette collectivité aura fait la preuve que cette coutume, pratique ou tradition est un droit ancestral au sens du par. 35(1).

Le concept de continuité est aussi le principal moyen d'assurer que la définition et l'identification des droits ancestraux respectent la mise en

admonition in *Sparrow, supra*, at p. 1093, that “the phrase ‘existing aboriginal rights’ must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time”. The concept of continuity is, in other words, the means by which a “frozen rights” approach to s. 35(1) will be avoided. Because the practices, customs and traditions protected by s. 35(1) are ones that exist today, subject only to the requirement that they be demonstrated to have continuity with the practices, customs and traditions which existed pre-contact, the definition of aboriginal rights will be one that, on its own terms, prevents those rights from being frozen in pre-contact times. The evolution of practices, customs and traditions into modern forms will not, provided that continuity with pre-contact practices, customs and traditions is demonstrated, prevent their protection as aboriginal rights.

I would note that the concept of continuity does not require aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact. It may be that for a period of time an aboriginal group, for some reason, ceased to engage in a practice, custom or tradition which existed prior to contact, but then resumed the practice, custom or tradition at a later date. Such an interruption will not preclude the establishment of an aboriginal right. Trial judges should adopt the same flexibility regarding the establishment of continuity that, as is discussed, *infra*, they are to adopt with regards to the evidence presented to establish the prior-to-contact practices, customs and traditions of the aboriginal group making the claim to an aboriginal right.

Further, I would note that basing the identification of aboriginal rights in the period prior to contact is not inconsistent with the fact that s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982* includes within the defi-

garde faite dans *Sparrow*, précité, à la p. 1093, savoir que «l’expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d’évoluer avec le temps». En d’autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d’éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de «droits figés». Comme les coutumes, pratiques et traditions que protège le par. 35(1) sont celles qui existent aujourd’hui, sous réserve seulement de l’obligation de démontrer qu’elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens, il faut que la définition elle-même des droits ancestraux évite que ces droits soient figés dans l’état où ils se trouvaient avant cette époque. L’évolution des coutumes, pratiques et traditions, jusque dans leur forme actuelle, ne les empêchera pas d’être protégées en tant que droits ancestraux, pourvu qu’on démontre qu’elles marquent une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d’avant le contact avec les Européens.

Je tiens à faire remarquer que le concept de continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu’il l’ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n’empêche pas l’établissement d’un droit ancestral. Les juges qui entendent les procès devraient faire montre de la même souplesse relativement à la preuve de la continuité qu’en ce qui concerne, comme il est expliqué plus loin, la preuve présentée dans le but d’établir l’existence, avant le contact avec les Européens, des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique un droit ancestral.

Qui plus est, je tiens aussi à souligner que le fait de se reporter à la période antérieure au contact avec les Européens pour identifier les droits ancestraux n’est pas incompatible avec le fait que, aux

inition of “aboriginal peoples of Canada” the Métis people of Canada.

67

Although s. 35 includes the Métis within its definition of “aboriginal peoples of Canada”, and thus seems to link their claims to those of other aboriginal peoples under the general heading of “aboriginal rights”, the history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35’s protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)’s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question. It may, or it may not, be the case that the claims of the Métis are determined on the basis of the pre-contact practices, customs and traditions of their aboriginal ancestors; whether that is so must await determination in a case in which the issue arises.

Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims

68

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal cul-

termes du par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada».

Même si les Métis sont compris dans la définition de «peuples autochtones du Canada» à l’art. 35 et que, de ce fait, leurs revendications semblent rattachées à celles des autres peuples autochtones, sous la rubrique générale «droits ancestraux», l’histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu’ils bénéficient de la protection accordée par l’art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n’est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d’une revendication présentée par des Métis en vertu de l’art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d’examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l’art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d’autres peuples autochtones, l’art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n’est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question. Il est possible qu’il soit statué sur les revendications des Métis sur la base des coutumes, pratiques et traditions de leurs ancêtres autochtones avant le contact avec les Européens, mais il se peut aussi que non. Il faudra attendre une affaire où cette question se posera avant de connaître la réponse.

Dans l’application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l’examen des affaires concernant des revendications autochtones

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d’une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d’une culture

ture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger, supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent

autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone.

Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir

significance to the aboriginal culture in which it exists

70

In identifying those practices, customs and traditions that constitute the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), a court must ensure that the practice, custom or tradition relied upon in a particular case is independently significant to the aboriginal community claiming the right. The practice, custom or tradition cannot exist simply as an incident to another practice, custom or tradition but must rather be itself of integral significance to the aboriginal society. Where two customs exist, but one is merely incidental to the other, the custom which is integral to the aboriginal community in question will qualify as an aboriginal right, but the custom that is merely incidental will not. Incidental practices, customs and traditions cannot qualify as aboriginal rights through a process of piggybacking on integral practices, customs and traditions.

The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct

71

The standard which a practice, custom or tradition must meet in order to be recognized as an aboriginal right is not that it be distinct to the aboriginal culture in question; the aboriginal claimants must simply demonstrate that the practice, custom or tradition is distinctive. A tradition or custom that is distinct is one that is unique — “different in kind or quality; unlike” (*Concise Oxford Dictionary, supra*). A culture with a distinct tradition must claim that in having such a tradition it is different from other cultures; a claim of distinctness is, by its very nature, a claim relative to other cultures or traditions. By contrast, a culture that claims that a practice, custom or tradition is distinctive — “distinguishing, characteristic” — makes a claim that is not relative; the claim is rather one about the culture’s own practices, customs or traditions considered apart from the prac-

une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe

Le tribunal appelé à identifier les coutumes, pratiques et traditions qui constituent les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit s’assurer que la coutume, la pratique ou la tradition invoquée dans un cas donné revêt une importance particulière pour la collectivité autochtone qui revendique le droit. Il ne doit pas s’agir d’une coutume, pratique ou tradition simplement accessoire d’une autre coutume, pratique ou tradition, mais elle doit plutôt présenter elle-même une importance fondamentale pour la société autochtone concernée. Lorsqu’il existe deux coutumes, mais que l’une d’elles est simplement un accessoire de l’autre, la coutume qui fait partie intégrante de la culture de la collectivité autochtone en cause sera considérée comme un droit ancestral, mais pas celle qui a simplement un caractère accessoire. Les coutumes, pratiques et traditions accessoires ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux du fait qu’elles se greffent sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante d’une culture.

Le critère de la partie intégrante d’une culture distinctive exige qu’une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu’elle soit distincte

La norme qui doit être respectée par une coutume, pratique ou tradition pour être reconnue comme un droit ancestral n’est pas qu’elle soit une coutume, pratique ou tradition distincte, propre à la culture autochtone en cause. Les demandeurs autochtones doivent simplement montrer que la coutume, pratique ou tradition en cause est distinctive. Est une coutume, pratique ou tradition distincte une coutume, pratique ou tradition qui est unique — [TRADUCTION] «qui se distingue par sa nature ou sa qualité; différente» (*Concise Oxford Dictionary, loc. cit.*) Une culture qui possède une tradition distincte doit affirmer que, du fait de cette tradition, elle est différente des autres cultures. Une prétention à la différence appelle, de par sa nature même, une comparaison avec d’autres cultures ou traditions. Par contraste, la culture qui prétend qu’une coutume, pratique ou tradition est dis-

tices, customs or traditions of any other culture. It is a claim that this tradition or custom makes the culture what it is, not that the practice, custom or tradition is different from the practices, customs or traditions of another culture. The person or community claiming the existence of an aboriginal right protected by s. 35(1) need only show that the particular practice, custom or tradition which it is claiming to be an aboriginal right is distinctive, not that it is distinct.

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow, supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow, supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1).

The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence

The fact that Europeans in North America engaged in the same practices, customs or traditions as those under which an aboriginal right is claimed will only be relevant to the aboriginal claim if the practice, custom or tradition in question can only be said to exist because of the influence of European culture. If the practice, custom or tradition was an integral part of the aboriginal community's culture prior to contact with Europe-

tinctive — «qui permet de distinguer, caractéristique» — ne fait pas de comparaison. Sa prétention se rapporte plutôt à ses propres coutumes, pratiques et traditions, considérées indépendamment de celles de toute autre culture. La culture en question prétend que cette coutume, pratique ou tradition fait d'elle ce qu'elle est, et non que la coutume, pratique ou tradition est différente de celles d'une autre culture. La personne ou la collectivité qui prétend à l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1) n'a qu'à démontrer que la coutume, pratique ou tradition particulière qu'elle revendique comme un droit ancestral est distinctive, et non qu'elle est distincte.

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est «distincte» ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1).

L'influence de la culture européenne n'est pertinente, dans le cadre de l'examen, que s'il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu'en raison de cette influence

Le fait que les Européens aient eu, en Amérique du Nord, des coutumes, pratiques ou traditions identiques à celles invoquées pour revendiquer un droit ancestral n'est pertinent pour l'appréciation de la revendication autochtone que s'il est possible d'affirmer que la coutume, pratique ou tradition en question n'existe qu'en raison de l'influence de la culture européenne. Si la coutume, pratique ou tradition faisait partie intégrante de la culture d'une

ans, the fact that that practice, custom or tradition continued after the arrival of Europeans, and adapted in response to their arrival, is not relevant to determination of the claim; European arrival and influence cannot be used to deprive an aboriginal group of an otherwise valid claim to an aboriginal right. On the other hand, where the practice, custom or tradition arose solely as a response to European influences then that practice, custom or tradition will not meet the standard for recognition of an aboriginal right.

Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples

74 As was noted in the discussion of the purposes of s. 35(1), aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a sub-category of aboriginal rights which deals solely with claims of rights to land. The relationship between aboriginal title and aboriginal rights must not, however, confuse the analysis of what constitutes an aboriginal right. Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights.

75 With these factors in mind I will now turn to the particular claim made by the appellant in this case to have been acting pursuant to an aboriginal right.

collectivité autochtone avant le contact avec les Européens, le fait que cette coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie après l'arrivée de ceux-ci et se soit adaptée en réaction à cet événement, n'est pas pertinent pour l'appréciation de la revendication. L'arrivée et l'influence des Européens ne peuvent être invoquées pour rejeter la revendication, par ailleurs valide, d'un droit ancestral présentée par un groupe autochtone. En revanche, si la coutume, pratique ou tradition n'est que le fruit des influences européennes, alors elle ne respecte pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples

Comme il a été dit durant l'examen des objets du par. 35(1), les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers. Toutefois, le rapport entre le titre aborigène et les droits ancestraux ne doit pas embrouiller l'analyse de ce qui constitue un droit ancestral. Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux.

Conscient de ces facteurs, je vais maintenant aborder la prétention particulière avancée par l'appelante en l'espèce, savoir qu'elle a agi en vertu d'un droit ancestral.



*Application of the Integral to a Distinctive Culture Test to the Appellant's Claim*

The first step in the application of the integral to a distinctive culture test requires the court to identify the precise nature of the appellant's claim to have been exercising an aboriginal right. In this case the most accurate characterization of the appellant's position is that she is claiming an aboriginal right to exchange fish for money or for other goods. She is claiming, in other words, that the practices, customs and traditions of the Sto:lo include as an integral part the exchange of fish for money or other goods.

That this is the nature of the appellant's claim can be seen through both the specific acts which led to her being charged and through the regulation under which she was charged. Mrs. Van der Peet sold 10 salmon for \$50. Such a sale, especially given the absence of evidence that the appellant had sold salmon on other occasions or on a regular basis, cannot be said to constitute a sale on a "commercial" or market basis. These actions are instead best characterized in the simple terms of an exchange of fish for money. It follows from this that the aboriginal right pursuant to which the appellant is arguing that her actions were taken is, like the actions themselves, best characterized as an aboriginal right to exchange fish for money or other goods.

Moreover, the regulations under which the appellant was charged prohibit all sale or trade of fish caught pursuant to an Indian food fish licence. As such, to argue that those regulations implicate the appellant's aboriginal right requires no more of her than that she demonstrate an aboriginal right to the exchange of fish for money (sale) or other goods (trade). She does not need to demonstrate an aboriginal right to sell fish commercially.

*Application à la revendication de l'appelante du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive*

Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral. En l'espèce, la façon la plus précise de décrire la position de l'appelante consiste à dire qu'elle revendique un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. Autrement dit, elle soutient que les coutumes, pratiques et traditions des Sto:lo incluent, en tant que partie intégrante de leur culture, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Cette description de la nature de la revendication de l'appelante ressort à la fois des actes spécifiques qui ont conduit à son inculpation et du règlement en vertu duquel elle a été inculpée. Madame Van der Peet a vendu 10 saumons pour 50 \$. Compte tenu particulièrement de l'absence de preuve indiquant que l'appelante avait déjà vendu du saumon ou qu'elle en vendait régulièrement, il est impossible d'affirmer qu'il s'agit d'une vente «commerciale» ou sur le marché. La meilleure façon de décrire ces actions est plutôt de les qualifier simplement d'échange de poisson contre de l'argent. Il s'ensuit que la meilleure façon de caractériser tant le droit ancestral en vertu duquel l'appelante prétend avoir accompli ces actions, que les actions elles-mêmes, est de les qualifier de droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

De plus, le règlement en application duquel l'appelante a été inculpée interdit complètement la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens. En conséquence, pour établir que ce règlement met en jeu son droit ancestral, l'appelante n'a qu'à démontrer l'existence d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent (vente) ou d'autres biens (échange). Elle n'a pas à établir l'existence d'un droit ancestral de vendre du poisson commercialement.

76

77

78

79 The appellant herself characterizes her claim as based on a right "to sufficient fish to provide for a moderate livelihood". In so doing the appellant relies on the "social" test adopted by Lambert J.A. at the British Columbia Court of Appeal. As has already been noted, however, a claim to an aboriginal right cannot be based on the significance of an aboriginal practice, custom or tradition to the aboriginal community in question. The definition of aboriginal rights is determined through the process of determining whether a particular practice, custom or tradition is integral to the distinctive culture of the aboriginal group. The significance of the practice, custom or tradition is relevant to the determination of whether that practice, custom or tradition is integral, but cannot itself constitute the claim to an aboriginal right. As such, the appellant's claim cannot be characterized as based on an assertion that the Sto:lo's use of the fishery, and the practices, customs and traditions surrounding that use, had the significance of providing the Sto:lo with a moderate livelihood. It must instead be based on the actual practices, customs and traditions related to the fishery, here the custom of exchanging fish for money or other goods.

80 Having thus identified the nature of the appellant's claim, I turn to the fundamental question of the integral to a distinctive culture test: Was the practice of exchanging fish for money or other goods an integral part of the specific distinctive culture of the Sto:lo prior to contact with Europeans? In answering this question it is necessary to consider the evidence presented at trial, and the findings of fact made by the trial judge, to determine whether the evidence and findings support the appellant's claim that the sale or trade of fish is an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo.

81 It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the

L'appelante elle-même soutient que sa revendication est fondée sur le droit à [TRADUCTION] «suffisamment de poisson pour assurer une subsistance convenable». Ce faisant, elle s'appuie sur le critère «social» adopté par le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la revendication d'un droit ancestral ne peut pas être fondée sur l'importance d'une coutume, pratique ou tradition autochtone pour la collectivité autochtone en cause. Pour définir des droits ancestraux, il faut déterminer si une coutume, pratique ou tradition donnée fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone concerné. L'importance de cette coutume, pratique ou tradition est pertinente pour décider si celle-ci fait partie intégrante de la culture, mais elle ne peut à elle seule justifier le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral. Par conséquent, la revendication de l'appelante ne saurait être fondée sur l'assertion que l'utilisation de la pêche par les Sto:lo ainsi que les coutumes, pratiques et traditions rattachées à cette utilisation étaient importantes en ce qu'elles assuraient aux Sto:lo une subsistance convenable. Elle doit plutôt être fondée sur les coutumes, pratiques et traditions se rattachant concrètement à la pêche, en l'occurrence la coutume d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens.

Après avoir identifié de la sorte la nature de la revendication de l'appelante, j'aborde maintenant la question fondamentale que pose le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive: La pratique d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive spécifique des Sto:lo avant le contact avec les Européens? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner la preuve présentée au procès ainsi que les conclusions de fait tirées par le juge du procès afin de déterminer si cette preuve et ces conclusions étayaient l'affirmation de l'appelante que la vente ou l'échange de poisson font partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo.

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue con-

trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J., speaking for the Court, held at p. 808 that absent a "palpable and overriding error" affecting the trial judge's assessment of the facts, an appellate court should not substitute its own findings of fact for those of the trial judge:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

This principle has also been followed in more recent decisions of this Court: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426. In the recently released decision of *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, La Forest J. made the following observation at para. 32, with which I agree, regarding appellate court deference to findings of fact:

Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact... This explains why the rule applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge...

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial

sidérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu, à la p. 808, que, en l'absence d'«erreur manifeste et dominante» ayant faussé l'appréciation des faits par le juge du procès, une cour d'appel ne doit pas substituer ses propres conclusions sur les faits à celles tirées par ce dernier:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Ce principe a également été suivi dans des arrêts plus récents de notre Cour: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 794; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426. Dans l'arrêt récent *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le juge La Forest a, au par. 32, fait l'observation suivante, à laquelle je souscris, au sujet de la retenue dont doivent faire montre les cours d'appel à l'égard des conclusions de fait:

Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; [...] Cela explique pourquoi la règle s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance...

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de pre-

judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses, *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50.

mière instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts: *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250.

82 In the case at bar, Scarlett Prov. Ct. J., the trial judge, made findings of fact based on the testimony and evidence before him, and then proceeded to make a determination as to whether those findings of fact supported the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. The second stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis — his determination of the scope of the appellant's aboriginal rights on the basis of the facts as he found them — is a determination of a question of law which, as such, mandates no deference from this Court. The first stage of Scarlett Prov. Ct. J.'s analysis, however — the findings of fact from which that legal inference was drawn — do mandate such deference and should not be overturned unless made on the basis of a "palpable and overriding error". This is particularly the case given that those findings of fact were made on the basis of Scarlett Prov. Ct. J.'s assessment of the credibility and testimony of the various witnesses appearing before him.

Dans le cas qui nous occupe, le juge Scarlett de la Cour provinciale, juge du procès, a tiré des conclusions de fait fondées sur les témoignages et les autres éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis il s'est demandé si ces conclusions de fait étaient l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Dans la deuxième étape de son analyse — la détermination de la portée des droits ancestraux de l'appelante à la lumière de ses conclusions de fait — le juge Scarlett tranche une question de droit qui, en tant que telle, ne commande aucune retenue de la part de notre Cour. Toutefois, la première étape de son analyse — savoir les conclusions de fait à partir desquelles cette inférence juridique est tirée — commande une telle retenue, et ces conclusions ne doivent pas être modifiées, sauf si elles résultent d'une «erreur manifeste et dominante». C'est particulièrement le cas, en l'espèce, étant donné que ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation qu'a faite le juge Scarlett de la crédibilité des divers témoins qui ont comparu devant lui et de leurs dépositions.

83 In adjudicating this case Scarlett Prov. Ct. J. obviously did not have the benefit of direction from this Court as to how the rights recognized and affirmed by s. 35(1) are to be defined, with the result that his legal analysis of the evidence was not entirely correct; however, that Scarlett Prov. Ct. J. was not entirely correct in his legal analysis of the facts as he found them does not mean that he made a clear and palpable error in reviewing the evidence and making those findings of fact. Indeed, a review of the transcript and exhibits submitted to this Court demonstrate that Scarlett Prov. Ct. J. conducted a thorough and compelling review of the evidence before him and committed no clear and palpable error which would justify this Court, or any other appellate court, in substituting its findings of fact for his. Moreover, I would note that the appellant, while disagreeing with Scarlett Prov. Ct. J.'s legal analysis of the facts, made no

Il va de soi que, lorsqu'il a statué sur la présente affaire, le juge Scarlett ne disposait pas des indications de notre Cour sur la façon dont il faut s'y prendre pour définir les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1), de sorte que son analyse juridique de la preuve n'était pas entièrement exacte. Cependant, le fait que l'analyse juridique des faits par le juge Scarlett n'ait pas été entièrement exacte ne signifie pas qu'il a fait une erreur manifeste en examinant la preuve et en tirant ces conclusions de fait. De fait, il ressort de l'examen de la transcription des débats et des pièces soumises à notre Cour que le juge Scarlett a fait une analyse approfondie et convaincante de la preuve qui lui a été présentée, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait notre Cour, ou toute autre cour d'appel, de substituer ses conclusions de fait aux siennes. De plus, je tiens à souligner que, même si elle a exprimé son désaccord

arguments suggesting that in making findings of fact from the evidence before him Scarlett Prov. Ct. J. committed a palpable and overriding error.

Scarlett Prov. Ct. J. carefully considered all of the testimony presented by the various witnesses with regards to the nature of Sto:lo society and came to the following conclusions at p. 160:

Clearly, the Sto:lo fish for food and ceremonial purposes. Evidence presented did not establish a regularized market system in the exchange of fish. Such fish as were exchanged through individual trade, gift, or barter were fish surplus from time to time. Natives did not fish to supply a market, there being no regularized trading system, nor were they able to preserve and store fish for extended periods of time. A market as such for salmon was not present but created by European traders, primarily the Hudson's Bay Company. At Fort Langley the Sto:lo were able to catch and deliver fresh salmon to the traders where it was salted and exported. This use was clearly different in nature and quantity from aboriginal activity. Trade in dried salmon with the fort was clearly dependent upon Sto:lo first satisfying their own requirements for food and ceremony.

This court was not satisfied upon the evidence that aboriginal trade in salmon took place in any regularized or market sense. Oral evidence demonstrated that trade was incidental to fishing for food purposes. Anthropological and archaeological evidence was in conflict. This Court accepts the evidence of Dr. Stryd and John Dewhurst [*sic*] in preference to Dr. Daly and therefore, accepts that the Sto:lo were a band culture as opposed to tribal. While bands were guided by siem or prominent families, no regularized trade in salmon existed in aboriginal times. Such trade as took place was either for ceremonial purposes or opportunistic exchanges taking place on a casual basis. Such trade as did take place was incidental only. Evidence led by the Crown that the Sto:lo had no access to salt for food preservation is accepted.

avec l'analyse juridique des faits du juge Scarlett, l'appelante n'a aucunement prétendu que le juge Scarlett aurait, en tirant ses conclusions de fait de la preuve qui lui a été soumise, commis une erreur manifeste et dominante.

Le juge Scarlett de la Cour provinciale a soigneusement étudié les dépositions des divers témoins quant à la nature de la société sto:lo et il a tiré les conclusions suivantes, à la p. 160:

[TRADUCTION] De toute évidence, les Sto:lo pêchent à des fins alimentaires et rituelles. La preuve présentée n'a pas établi l'existence d'un système de marché organisé d'échange du poisson. Le poisson qui changeait de mains par suite d'échange, de don ou de troc individuel était le poisson excédentaire disponible à l'occasion. Les autochtones ne pêchaient pas pour approvisionner un marché, puisqu'il n'existait aucun système de marché organisé, et qu'ils n'étaient pas capables de conserver et d'emmagasiner le poisson durant de longues périodes. Il n'existait pas comme tel de marché pour le saumon, celui-ci a été créé par les marchands européens, principalement la Compagnie de la Baie d'Hudson. À Fort Langley, les Sto:lo pouvaient prendre et livrer du saumon frais aux marchands, qui le salaient et l'exportaient. Cette utilisation de la ressource était manifestement différente des activités autochtones, tant de par sa nature que de par les quantités en cause. Le commerce du saumon séché avec le fort était manifestement subordonné à la satisfaction par les Sto:lo, en premier lieu, de leurs propres besoins alimentaires et rituels.

La présente cour n'est pas convaincue, à la lumière de la preuve, que le commerce du saumon existait chez les autochtones au sens d'un commerce organisé d'un marché. Il ressort des témoignages oraux que le commerce était un aspect accessoire de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Les éléments de preuve anthropologique et archéologique étaient contradictoires. La présente cour préfère les témoignages de M. Stryd et de John Dewhurst [*sic*] à celui de M. Daly et, en conséquence, accepte que la culture des Sto:lo était celle d'une bande plutôt que d'une tribu. Même si les bandes étaient guidées par des siem ou familles importantes, il n'y avait pas de commerce organisé du saumon au temps des aborigènes. Le commerce qui se faisait résultait soit d'échanges faits à des fins rituelles soit d'échanges découlant d'occasions fortuites. Ces échanges avaient seulement un caractère accessoire. La preuve présentée par le ministère public que les Sto:lo ne disposaient pas de sel permettant de conserver le poisson est acceptée.

Exchange of fish was subject to local conditions of availability, transportation and preservation. It was the establishment by the Hudson's Bay Company at the fort at Langley that created the market and trade in fresh salmon. Trade in dried salmon in aboriginal times was, as stated, minimal and opportunistic.

I would add to Scarlett Prov. Ct. J.'s summation of his findings only the observation, which does not contradict any of his specific findings, that the testimony of the experts appearing before him indicated that such limited exchanges of salmon as took place in Sto:lo society were primarily linked to the kinship and family relationships on which Sto:lo society was based. For example, under cross-examination Dr. Daly described trade as occurring through the "idiom" of maintaining family relationships:

The medium or the idiom of much trade was the idiom of kinship, of providing hospitality, giving gifts, reciprocating in gifts. . . .

Similarly, Mr. Dewhirst testified that the exchange of goods was related to the maintenance of family and kinship relations.

85

The facts as found by Scarlett Prov. Ct. J. do not support the appellant's claim that the exchange of salmon for money or other goods was an integral part of the distinctive culture of the Sto:lo. As has already been noted, in order to be recognized as an aboriginal right, an activity must be of central significance to the culture in question — it must be something which makes that culture what it is. The findings of fact made by Scarlett Prov. Ct. J. suggest that the exchange of salmon for money or other goods, while certainly taking place in Sto:lo society prior to contact, was not a significant, integral or defining feature of that society.

86

First, Scarlett Prov. Ct. J. found that, prior to contact, exchanges of fish were only "incidental" to fishing for food purposes. As was noted above, to constitute an aboriginal right, a custom must

Les échanges de poisson étaient tributaires des conditions locales sur le plan de la disponibilité, du transport et de la conservation. C'est l'établissement de la Compagnie de la Baie d'Hudson au fort situé à Langley qui a créé le marché et le commerce du saumon frais. Les échanges de saumon séché au temps des aborigènes n'avaient, comme il a été dit plus tôt, qu'un caractère minimal et fortuit.

J'ajouterais uniquement au résumé que le juge Scarlett fait de ses conclusions l'observation suivante, qui ne contredit aucune de ses conclusions spécifiques, savoir que les dépositions des experts qui ont comparu devant lui ont indiqué que ces échanges limités de saumon dans la société sto:lo étaient reliés principalement aux rapports familiaux et de parenté sur lesquels cette société était fondée. Par exemple, au cours de son contre-interrogatoire, M. Daly a dit que les échanges survenaient par l'intermédiaire de l'[TRADUCTION] «idiome» du maintien des rapports familiaux:

[TRADUCTION] La plupart des échanges survenaient par l'intermédiaire de l'idiome de la parenté, de l'hospitalité de l'échange de cadeaux. . . .

De même, M. Dewhirst a témoigné que l'échange de biens se rattachait au maintien des rapports familiaux et de parenté.

Les faits constatés par le juge Scarlett de la Cour provinciale n'appuient pas la prétention de l'appelante que l'échange de saumon contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo. Comme il a été indiqué précédemment, pour être reconnue comme un droit ancestral, une activité doit avoir une importance fondamentale pour la culture concernée — elle doit être quelque chose qui fait de cette culture ce qu'elle est. Les conclusions de fait du juge Scarlett tendent à indiquer que les échanges de saumon contre de l'argent ou d'autres biens, quoiqu'il y en ait certainement eu dans la société sto:lo avant le contact avec les Européens, n'étaient pas une caractéristique déterminante ou importante de cette société, ni une partie intégrante de celle-ci.

Premièrement, le juge Scarlett a conclu que, avant le contact avec les Européens, les échanges de poisson n'étaient qu'un aspect «accessoire» de la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Comme

itself be integral to the distinctive culture of the aboriginal community in question; it cannot be simply incidental to an integral custom. Thus, while the evidence clearly demonstrated that fishing for food and ceremonial purposes was a significant and defining feature of the Sto:lo culture, this is not sufficient, absent a demonstration that the exchange of salmon was itself a significant and defining feature of Sto:lo society, to demonstrate that the exchange of salmon is an integral part of Sto:lo culture.

For similar reasons, the evidence linking the exchange of salmon to the maintenance of kinship and family relations does not support the appellant's claim to the existence of an aboriginal right. Exchange of salmon as part of the interaction of kin and family is not of an independent significance sufficient to ground a claim for an aboriginal right to the exchange of fish for money or other goods.

Second, Scarlett Prov. Ct. J. found that there was no "regularized trading system" amongst the Sto:lo prior to contact. The inference drawn from this fact by Scarlett Prov. Ct. J., and by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal, was that the absence of a market means that the appellant could not be said to have been acting pursuant to an aboriginal right because it suggests that there is no aboriginal right to fish commercially. This inference is incorrect because, as has already been suggested, the appellant in this case has only claimed a right to exchange fish for money or other goods, not a right to sell fish in the commercial marketplace; the significance of the absence of regularized trading systems amongst the Sto:lo arises instead from the fact that it indicates that the exchange of salmon was not widespread in Sto:lo society. Given that the exchange of salmon was not widespread it cannot be said that, prior to contact, Sto:lo culture was defined by trade in salmon; trade or exchange of salmon took place, but the

il a été dit précédemment, pour constituer un droit ancestral, une coutume doit elle-même faire partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone en cause, et ne pas être simplement un aspect accessoire d'une coutume qui serait partie intégrante de la culture concernée. En conséquence, même si la preuve a clairement démontré que la pêche à des fins alimentaires et rituelles était une caractéristique importante et déterminante de la culture sto:lo, ce fait n'est pas suffisant, en l'absence de preuve que l'échange de saumon était en soi une caractéristique importante et déterminante de la société sto:lo, pour établir que l'échange de saumon fait partie intégrante de la culture sto:lo.

Pour des motifs analogues, la preuve rattachant l'échange de saumon au maintien de rapports familiaux et de parenté n'étaye pas l'existence du droit ancestral revendiqué par l'appelante. Les échanges de saumon qui surviennent dans le cadre des rapports entre les membres de la famille et la parenté ne revêtent pas en soi une importance suffisante pour fonder la revendication d'un droit ancestral d'échanger du poisson contre de l'argent ou des biens.

Deuxièmement, le juge Scarlett a conclu qu'il n'existait pas de [TRADUCTION] «système de commerce organisé» chez les Sto:lo avant le contact avec les Européens. L'inférence qu'ont tirée de ce fait le juge Scarlett de la Cour provinciale et le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était que, vu l'absence d'un marché, il était impossible d'affirmer que l'appelante avait agi en vertu d'un droit ancestral, étant donné que ce fait tend à indiquer qu'il n'existe pas de droit ancestral de pêcher à des fins commerciales. Cette inférence est incorrecte parce que, comme il a déjà été indiqué, en l'espèce l'appelante a revendiqué seulement le droit d'échanger du saumon contre de l'argent ou d'autres biens, et non le droit de vendre du poisson sur le marché. L'importance de l'absence de systèmes de commerce organisés chez les Sto:lo découle plutôt du fait que cette absence indique que l'utilisation du poisson comme monnaie d'échange n'était pas un phénomène répandu dans la société sto:lo. Comme les

absence of a market demonstrates that this exchange did not take place on a basis widespread enough to suggest that the exchange was a defining feature of Sto:lo society.

échanges de saumon n'étaient pas une activité répandue, il est impossible d'affirmer que, avant le contact avec les Européens, la culture sto:lo était définie par l'utilisation du saumon comme monnaie d'échange. Il y avait bien des échanges de saumon, mais l'absence de marché pour ce produit démontre que ces échanges n'étaient pas suffisamment répandus pour indiquer qu'ils étaient une caractéristique déterminante de la société sto:lo.

89

Third, the trade engaged in between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company, while certainly of significance to the Sto:lo society of the time, was found by the trial judge to be qualitatively different from that which was typical of the Sto:lo culture prior to contact. As such, it does not provide an evidentiary basis for holding that the exchange of salmon was an integral part of Sto:lo culture. As was emphasized in listing the criteria to be considered in applying the "integral to" test, the time relevant for the identification of aboriginal rights is prior to contact with European societies. Unless a post-contact practice, custom or tradition can be shown to have continuity with pre-contact practices, customs or traditions, it will not be held to be an aboriginal right. The trade of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company does not have the necessary continuity with Sto:lo culture pre-contact to support a claim to an aboriginal right to trade salmon. Further, the exchange of salmon between the Sto:lo and the Hudson's Bay Company can be seen as central or significant to the Sto:lo primarily as a result of European influences; activities which become central or significant because of the influence of European culture cannot be said to be aboriginal rights.

Troisièmement, le commerce entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson, même s'il était certainement important pour la société sto:lo de cette époque, a été jugé par le juge du procès qualitativement différent de celui qui était typique de la culture sto:lo d'avant le contact avec les Européens. En conséquence, il ne constitue pas un élément de preuve permettant de conclure que l'échange de saumon faisait partie intégrante de la culture sto:lo. Comme il a été souligné dans l'énumération des facteurs à prendre en considération pour appliquer le critère de la «partie intégrante», la période pertinente pour l'identification des droits ancestraux est celle qui a précédé le contact avec les sociétés européennes. Sauf s'il est possible d'établir qu'une coutume, pratique ou tradition postérieure au contact avec les Européens marque une continuité avec les coutumes, pratiques ou traditions antérieures à cette période, la coutume, pratique ou tradition en question ne sera pas déclarée être à un droit ancestral. Le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson ne marque pas la continuité nécessaire avec la culture sto:lo antérieure au contact avec les Européens pour étayer la revendication d'un droit ancestral de faire le commerce du saumon. En outre, il est possible d'affirmer que le commerce du saumon entre les Sto:lo et la Compagnie de la Baie d'Hudson est devenu une activité fondamentale ou importante pour les Sto:lo principalement par suite des influences européennes. Les activités qui deviennent fondamentales ou importantes en raison de l'influence de la culture européenne ne peuvent être considérées comme des droits ancestraux.

90

Finally, Scarlett Prov. Ct. J. found that the Sto:lo were at a band level of social organization

Finalement, le juge Scarlett a conclu que l'organisation sociale des Sto:lo était celle d'une bande