

**Donald John Marshall, Jr.** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for New Brunswick,  
the West Nova Fishermen's Coalition, the  
Native Council of Nova Scotia and the  
Union of New Brunswick  
Indians** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MARSHALL

File No.: 26014.

1998: November 5; 1999: September 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NOVA SCOTIA

*Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, fishing with prohibited net during close period and selling fish caught without a licence in violation of federal fishery regulations — Whether accused possessed treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with regulations — Mi'kmaq Treaties of 1760-61 — Maritime Provinces Fishery Regulations, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 20 — Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 35(2).*

The accused, a Mi'kmaq Indian, was charged with three offences set out in the federal fishery regulations: the selling of eels without a licence, fishing without a licence and fishing during the close season with illegal nets. He admitted that he had caught and sold 463 pounds of eels without a licence and with a prohibited net within close times. The only issue at trial was whether he possessed a treaty right to catch and sell fish under the treaties of 1760-61 that exempted him from compliance with the regulations. During the negotiations leading to the treaties of 1760-61, the aboriginal leaders asked for truckhouses "for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry" in

**Donald John Marshall, Jr.** *Appellant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Nouveau-  
Brunswick, la West Nova Fishermen's  
Coalition, le Native Council of Nova Scotia  
et l'Union of New Brunswick  
Indians** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARSHALL

N° du greffe: 26014.

1998: 5 novembre; 1999: 17 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-  
ÉCOSSE

*Indiens — Droits issus de traités — Droits de pêche — Indien mi'kmaq accusé d'avoir pêché pendant la période de fermeture à l'aide d'un filet prohibé et d'avoir vendu du poisson pêché sans permis en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches — L'accusé possédait-il un droit issu de traité l'autorisant à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation? — Traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 — Règlement de pêche des provinces maritimes, DORS/93-55, art. 4(1)a), 20 — Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 35(2).*

L'accusé, un Indien mi'kmaq, a été inculpé de trois infractions énoncées dans la réglementation fédérale sur les pêches: avoir vendu des anguilles sans permis, avoir pêché sans permis et avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Il a admis avoir vendu 463 livres d'anguilles qu'il avait pêchées sans permis à l'aide d'un filet prohibé, pendant la période de fermeture. La seule question en litige au procès était celle de savoir s'il possédait un droit issu des traités conclus en 1760 et 1761 qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la réglementation. Pendant les négociations qui ont abouti à la signature de ces traités, en réponse au gouverneur,

response to the Governor's inquiry "Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time". The written document, however, contained only the promise by the Mi'kmaq not to "Traffick, Barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons, or the Manager of such Truckhouses as shall be appointed or established by His majesty's Governor". While this "trade clause" is framed in negative terms as a restraint on the ability of the Mi'kmaq to trade with non-government individuals, the trial judge found that it reflected a grant to them of the positive right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade. He also found that when the exclusive trade obligation and the system of truckhouses and licensed traders fell into disuse, the "right to bring" disappeared. The accused was convicted on all three counts. The Court of Appeal upheld the convictions. It concluded that the trade clause did not grant the Mi'kmaq any rights, but represented a mechanism imposed upon them to help ensure that the peace between the Mi'kmaq and the British was a lasting one, by obviating the need of the Mi'kmaq to trade with the enemies of the British or unscrupulous traders.

*Held* (Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and an acquittal entered on all charges.

*Per* Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Binnie JJ.: When interpreting the treaties the Court of Appeal erred in rejecting the use of extrinsic evidence in the absence of ambiguity. Firstly, even in a modern commercial context, extrinsic evidence is available to show that a written document does not include all of the terms of an agreement. Secondly, extrinsic evidence of the historical and cultural context of a treaty may be received even if the treaty document purports to contain all of the terms and even absent any ambiguity on the face of the treaty. Thirdly, where a treaty was concluded orally and afterwards written up by representatives of the Crown, it would be uncon-

qui leur demandait «s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment», les chefs indiens ont demandé l'établissement de maisons de troc (postes de traite) «afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries». Toutefois, le document écrit contenait seulement la promesse par les Mi'kmaq qu'ils «ne trafiquer[aient], ne troquer[aient] et n'échanger[aient] aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté». Bien que cette «clause relative au commerce» soit formulée de façon négative sous forme de restriction de la capacité des Mi'kmaq de commercer avec d'autres personnes que les représentants du gouvernement, le juge du procès a conclu qu'elle avait pour effet d'accorder aux Mi'kmaq le droit positif d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux postes de traite pour en faire le commerce. Il a également conclu que, lorsque l'obligation de commerce exclusif et le système des maisons de troc et des commerçants patentés sont tombés en désuétude, le «droit d'apporter» des marchandises a disparu. L'accusé a été déclaré coupable des trois chefs d'accusation qui pesaient contre lui. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que la clause relative au commerce ne conférait aucun droit aux Mi'kmaq, mais constituait plutôt un mécanisme qui leur avait été imposé en vue d'aider à l'établissement d'une paix durable entre eux et les Britanniques, en éliminant le besoin des Mi'kmaq de commercer avec les ennemis des Britanniques ou avec des commerçants sans scrupules.

*Arrêt* (les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est ordonné relativement à toutes les accusations.

*Le* juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Binnie: Lorsqu'elle a interprété les traités, la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant l'utilisation de la preuve extrinsèque en l'absence d'ambiguïté. Premièrement, même dans le contexte commercial moderne, il est possible de faire appel à des éléments de preuve extrinsèques pour démontrer qu'un document donné ne renferme pas toutes les conditions d'une entente. Deuxièmement, même dans le cas d'un document censé contenir toutes les conditions d'un traité, des éléments de preuve extrinsèques relatifs au contexte historique et culturel d'un traité peuvent être admis, même en l'absence d'ambiguïté ressortant à la lecture du traité. Troisièmement, lorsqu'un traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit par des représentants de la Couronne, il serait inacceptable que cette dernière fasse fi des conditions dont les

scionable for the Crown to ignore the oral terms while relying on the written ones.

There was more to the treaty entitlement than merely the right to bring fish and wildlife to truckhouses. While the treaties set out a restrictive covenant and do not say anything about a positive Mi'kmaq right to trade, they do not contain all the promises made and all the terms and conditions mutually agreed to. Although the trial judge drew positive implications from the negative trade clause, such limited relief is inadequate where the British-drafted treaty document does not accord with the British-drafted minutes of the negotiating sessions and more favourable terms are evident from the other documents and evidence the trial judge regarded as reliable. Such an overly deferential attitude to the treaty document was inconsistent with a proper recognition of the difficulties of proof confronted by aboriginal people. The trial judge's narrow view of what constituted "the treaty" led to the equally narrow legal conclusion that the Mi'kmaq trading entitlement, such as it was, terminated in the 1780s. It is the common intention of the parties in 1760 to which effect must be given. The trade clause would not have advanced British objectives (peaceful relations with a self-sufficient Mi'kmaq people) or Mi'kmaq objectives (access to the European "necessaries" on which they had come to rely) unless the Mi'kmaq were assured at the same time of continuing access, implicitly or explicitly, to a harvest of wildlife to trade.

This appeal should be allowed because nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship, as best the content of those treaty promises can now be ascertained. If the law is prepared to supply the deficiencies of written contracts prepared by sophisticated parties and their legal advisors in order to produce a sensible result that accords with the intent of both parties, though unexpressed, the law cannot ask less of the honour and dignity of the Crown in its dealings with First Nations. An interpretation of events that turns a positive Mi'kmaq trade demand into a negative Mi'kmaq covenant is not consistent with the honour and integrity of the Crown. Nor is it consistent to conclude that the Governor, seeking in good faith to address the trade demands of the Mi'kmaq, accepted the Mi'kmaq suggestion of a trading facility while denying any treaty

parties ont convenu oralement, alors qu'elle se fonde sur celles qui ont été consignées par écrit.

Le traité conférait davantage que le simple droit d'apporter les produits de la chasse et de la pêche aux maisons de troc. Bien que les traités établissent un covenant (engagement) restrictif et ne parlent aucunement d'un droit positif des Mi'kmaq de commercer, ils ne contiennent pas l'ensemble des promesses qui ont été faites et des conditions dont les parties ont convenu mutuellement. Bien que le juge du procès ait inféré certaines conséquences positives de l'existence de la clause relative au commerce libellée négativement, une réparation aussi limitée est insuffisante lorsque le traité rédigé par les Britanniques ne concorde pas avec le procès-verbal des séances de négociation qu'ils ont eux-mêmes rédigé, et lorsque l'existence de conditions plus favorables ressort clairement des autres documents et éléments de preuve que le juge du procès a considérés fiables. Une attitude de retenue aussi excessive envers le document constatant le traité ne tient pas compte comme il se doit des problèmes de preuve auxquels font face les peuples autochtones. L'interprétation étroite du juge du procès de ce qui constituait «le traité» a conduit à la conclusion de droit tout aussi étroite selon laquelle le droit des Mi'kmaq de commercer, tel qu'il existait, s'est éteint dans les années 1780. C'est à l'intention commune des parties en 1760 qu'il faut donner effet. La clause relative au commerce n'aurait pas favorisé les objectifs des Britanniques (des relations harmonieuses avec un peuple mi'kmaq autosuffisant) ni ceux des Mi'kmaq (l'accès aux «biens nécessaires» européens, sur lesquels ils étaient venus à compter) si les Mi'kmaq n'avaient pas été assurés, implicitement ou explicitement, d'avoir un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce.

Le présent pourvoi doit être accueilli parce que rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié, autant qu'il soit possible de dégager aujourd'hui la teneur des promesses faites par traité. Si le droit est disposé à suppléer aux lacunes de contrats écrits — préparés par des parties bien informées et leurs conseillers juridiques — afin d'en dégager un résultat sensé et conforme à l'intention des deux parties, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il ne saurait demander moins de l'honneur et de la dignité de la Couronne dans ses rapports avec les Premières nations. Est incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne une interprétation des événements qui a pour effet de transformer une demande positive des Mi'kmaq pour que soit prise une mesure commerciale en un engagement par ces derniers de ne

protection to Mi'kmaq access to the things that were to be traded, even though these things were identified and priced in the treaty negotiations. The trade arrangement must be interpreted in a manner which gives meaning and substance to the oral promises made by the Crown during the treaty negotiations. The promise of access to "necessaries" through trade in wildlife was the key point, and where a right has been granted, there must be more than a mere disappearance of the mechanism created to facilitate the exercise of the right to warrant the conclusion that the right itself is spent or extinguished.

There is a distinction to be made between a liberty enjoyed by all citizens and a right conferred by a specific legal authority, such as a treaty, to participate in the same activity. A general right enjoyed by all citizens can be made the subject of an enforceable treaty promise. Thus the accused need not show preferential trading rights, but only treaty trading rights. Following the enactment of the *Constitution Act, 1982*, the fact the content of Mi'kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher protection they presently offer to the Mi'kmaq people.

The accused's treaty rights are limited to securing "necessaries" (which should be construed in the modern context as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. Thus construed, however, they are treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessaries through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test. What is contemplated is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessaries. The treaty right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits. Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation

pas faire quelque chose. Il n'est pas non plus logique de conclure que le gouverneur, qui cherchait de bonne foi à satisfaire aux demandes commerciales des Mi'kmaq, a accepté la proposition de ces derniers de mettre sur pied un établissement commercial mais refusé de protéger dans le traité l'accès des Mi'kmaq aux choses qui devaient faire l'objet du commerce, même si l'identité et le prix de ces choses avaient été déterminés lors de la négociation du traité. L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens et substance aux promesses orales faites par la Couronne pendant la négociation du traité. La promesse d'accès aux «biens nécessaires» au moyen du commerce des ressources de la faune était l'élément fondamental, et, lorsqu'un droit a été accordé, il faut plus que la simple disparition du mécanisme créé en vue d'en faciliter l'exercice pour justifier la conclusion que le droit lui-même est caduc ou éteint.

Il faut faire une distinction entre une liberté dont jouissent tous les citoyens et un droit de participer à la même activité qui est conféré par un texte juridique particulier, tel un traité. Un droit général dont jouissent tous les citoyens peut faire l'objet d'une promesse exécutoire dans le cadre d'un traité. Par conséquent, l'accusé n'a pas besoin de démontrer l'existence de droits commerciaux préférentiels, mais seulement l'existence de droits commerciaux issus de traités. Depuis l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le fait que le contenu des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés par traité aux Mi'kmaq n'était pas plus large que les droits dont jouissaient les autres citoyens n'affecte en rien la protection plus grande qu'ils accordent actuellement aux Mi'kmaq, à moins que les droits des Mi'kmaq n'aient été éteints avant le 17 avril 1982.

Les droits issus du traité de l'accusé se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Ainsi interprétés, toutefois, ils constituent des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'élément du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit issu de traité qui permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*. Ce qui est envisagé, ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de commercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être

and enforced without violating the treaty right. Such regulations would accommodate the treaty right and would not constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard.

The accused caught and sold the eels to support himself and his wife. His treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Accordingly, the close season and the imposition of a discretionary licencing system would, if enforced, interfere with the accused's treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the accused is entitled to an acquittal.

*Per Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting):* Each treaty must be considered in its unique historical and cultural context, and extrinsic evidence can be used in interpreting aboriginal treaties, absent ambiguity. It may be useful to approach the interpretation of a treaty in two steps. First, the words of the treaty clause at issue should be examined to determine their facial meaning, in so far as this can be ascertained, noting any patent ambiguities and misunderstandings that may have arisen from linguistic and cultural differences. This exercise will lead to one or more possible interpretations of the clause. At the second step, the meaning or different meanings which have arisen from the wording of the treaty right must be considered against the treaty's historical and cultural backdrop. A consideration of the historical background may suggest latent ambiguities or alternative interpretations not detected at first reading.

The treaties of 1760-61 do not grant a general right to trade. The core of the trade clause is the obligation on the Mi'kmaq to trade only with the British. Ancillary to this is the implied promise that the British will establish truckhouses where the Mi'kmaq can trade. These words do not, on their face, confer a general right to trade. Nor does the historic and cultural context in which the treaties were made establish such a right. The trial judge was amply justified in concluding that the Mi'kmaq understood the treaty process as well as the particular

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

L'accusé a pris et vendu les anguilles pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe. Il ne pouvait exercer le droit que lui confère le traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. En conséquence, si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'accusé, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'accusé a droit à l'acquiescement.

*Les juges Gonthier et McLachlin (dissidents):* Chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier et, en l'absence d'ambiguïté, il est possible de recourir à la preuve extrinsèque pour interpréter des traités conclus avec des Autochtones. Il peut être utile d'interpréter un traité en deux étapes. Dans un premier temps, il convient d'examiner le texte de la clause litigieuse pour en déterminer le sens apparent, dans la mesure où il peut être dégagé, en soulignant toute ambiguïté et tout malentendu manifestes pouvant résulter de différences linguistiques et culturelles. Cet examen conduira à une ou à plusieurs interprétations possibles de la clause. Dans un deuxième temps, le ou les sens dégagés du texte du droit issu de traité doivent être examinés sur la toile de fond historique et culturelle du traité. Il est possible que l'examen de l'arrière-plan historique fasse ressortir des ambiguïtés latentes ou d'autres interprétations que la première lecture n'a pas permis de déceler.

Les traités de 1760 et 1761 ne confèrent pas un droit général de commercer. L'élément central de la clause relative au commerce est l'obligation faite aux Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques. Constitue un aspect accessoire de cette obligation la promesse implicite que les Britanniques établiront des postes de traite où les Mi'kmaq pourront commercer. Ces mots ne confèrent pas, à première vue, un droit général de commercer. Le contexte historique et culturel de la signature des traités n'établit pas non plus l'existence d'un tel droit.

terms of the treaties they were signing. On the historical record, moreover, neither the Mi'kmaq nor the British intended or understood the treaty trade clause as creating a general right to trade. To achieve the mutually desired objective of peace, both parties agreed to make certain concessions. The Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed. Both the Mi'kmaq and the British understood that the "right to bring" goods to trade was a limited right contingent on the existence of a system of exclusive trade and truckhouses. The finding that both parties understood that the treaties granted a specific, and limited, right to bring goods to truckhouses to trade is confirmed by the post-treaty conduct of the Mi'kmaq and the British. Soon after the treaties were entered into, the British stopped insisting that the Mi'kmaq trade only with them, and replaced the expensive truckhouses with licenced traders in 1762. The system of licenced traders, in turn, died out by the 1780s. The exclusive trade and truckhouse system was a temporary mechanism to achieve peace in a troubled region between parties with a long history of hostilities. When the restriction on the Mi'kmaq trade fell, the need for compensation for the removal of their trading autonomy fell as well. At this point, the Mi'kmaq were vested with the general non-treaty right to hunt, to fish and to trade possessed by all other British subjects in the region. The conditions supporting the right to bring goods to trade at truckhouses, as agreed to by both parties, ceased to exist.

It follows from the trial judge's finding that the "right to bring" goods to trade at truckhouses died with the exclusive trade obligation upon which it was premised that the treaties did not grant an independent right to truckhouses which survived the demise of the exclusive trade system. This right therefore cannot be relied on in

Le juge du procès était amplement justifié de conclure que les Mi'kmaq avaient compris le processus de négociation ainsi que les conditions particulières des traités qu'ils signaient. De plus, suivant la preuve historique, ni les Mi'kmaq ni les Britanniques n'entendaient créer par cette clause un droit général de commercer ou ne considéraient qu'elle avait cet effet. Pour réaliser leur objectif mutuel, en l'occurrence la paix, les deux parties ont donc convenu de certaines concessions. Les Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des postes de traite stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif. Il était entendu, tant par les Mi'kmaq que par les Britanniques, que le «droit d'apporter» des marchandises pour en faire le commerce était un droit limité, subordonné à l'existence du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. La conclusion que les deux parties comprenaient que les traités accordaient un droit précis et limité — savoir celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce — est confirmée par la conduite des Mi'kmaq et des Britanniques après la signature des traités. Peu après la conclusion des traités, les Britanniques ont cessé d'exiger que les Mi'kmaq commercent uniquement avec eux et, en 1762, ils ont remplacé les coûteuses maisons de troc par des commerçants patentés. Le régime des commerçants patentés a à son tour disparu au cours des années 1780. Le régime de commerce exclusif et de maisons de troc était une mesure temporaire, qui visait à instaurer la paix dans une région perturbée et qui avait été convenue par des parties ayant depuis longtemps des rapports hostiles. Lorsque la restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq a cessé d'exister, la nécessité de compenser le retrait de leur autonomie commerciale a elle aussi disparu. Les Mi'kmaq ont dès lors acquis le droit général — non issu de traité — de chasser, de pêcher et de commercer que possédaient tous les sujets britanniques de la région. Les conditions justifiant le droit d'apporter des marchandises aux postes de traite pour en faire le commerce dont avaient convenu les parties avaient cessé d'exister.

Compte tenu de la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif sur laquelle il reposait, il s'ensuit que les traités n'ont pas accordé un droit indépendant à des maisons de troc qui

support of an argument of a trade right in the modern context which would exempt the accused from the application of the fisheries regulations.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Referred to:** *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *International Casualty Co. v. Thomson* (1913), 48 S.C.R. 167; *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, aff'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92; *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec*; *In re Indian Claims* (1895), 25 S.C.R. 434; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187.

### Statutes and Regulations Cited

*Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332, s. 4.

aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif. Par conséquent, ce droit ne peut être invoqué au soutien de l'argument voulant qu'il existe, aujourd'hui, un droit de commercer qui exempterait l'appelant de l'application de la réglementation sur les pêches.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *International Casualty Co. c. Thomson* (1913), 48 R.C.S. 167; *R. c. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation de pourvoi rejetée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, conf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. c. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *The «Moorcock»* (1889), 14 P.D. 64; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92; *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec*; *In re Indian Claims* (1895), 25 R.C.S. 434; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187.

### Lois et règlements cités

*Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, ch. 11.

*Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, c. 11.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35(1), 52.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 830 [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 182; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 15)].  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7(1).  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 35(2).  
*Maritime Provinces Fishery Regulations*, SOR/93-55, ss. 4(1)(a), 5, 20.  
 Mi'kmaq Treaties of 1760-61.

#### Authors Cited

“*As Long as the Sun and Moon Shall Endure*”: *A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783*. Fredericton: Paul & Gaffney, 1986.  
 Bourgeois, Donald J. “The Role of the Historian in the Litigation Process”, *Canadian Historical Review*, LXVII, 2 (June 1986), 195-205.  
 Daugherty, W.E. *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective*. Ottawa: Department of Indian and Northern Affairs Canada, 1983.  
 Dickason, Olive Patricia. “Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763”, *American Indian Culture and Research Journal*, X, 4 (1986), 31-56.  
 Dickinson, G. M., and R. D. Gidney. “History and Advocacy: Some Reflections on the Historian’s Role in Litigation”, *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4 (December 1987), 576-85.  
 Fisher, Robin. “Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*”, *B.C. Studies*, XCV (Autumn 1992), 43-54.  
 Henderson, James [Sákéj] Youngblood. “Interpreting *Sui Generis* Treaties” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46.  
 MacFarlane, R. O. “Indian Trade in Nova Scotia to 1764”, in *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, held at McGill University, Montreal, May 20-22, 1934, with Historical Papers. Toronto: University of Toronto Press, 1935, 57-67.  
 MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada. “*We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made*”: *A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer’s Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations*. St. John, N.B., 1992.  
 Ray, Arthur J. “Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court”, *Native Studies Review*, VI, 2 (1990), 13-29.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 830 [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 182; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 15)].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1), 52.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1).  
*Règlement de pêche des provinces maritimes*, DORS/93-55, art. 4(1)a), 5, 20.  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 35(2).  
*Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, art. 4.  
 Traités conclus avec les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

#### Doctrine citée

«*As Long as the Sun and Moon Shall Endure*»: *A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783*. Fredericton: Paul & Gaffney, 1986.  
 Bourgeois, Donald J. «The Role of the Historian in the Litigation Process», *Canadian Historical Review*, LXVII, 2 (juin 1986), 195-205.  
 Daugherty, W.E. *Historique des traités avec les Indiens des Maritimes*. Ottawa: Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1983.  
 Dickason, Olive Patricia. «Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763», *American Indian Culture and Research Journal*, X, 4 (1986), 31-56.  
 Dickinson, G. M., and R. D. Gidney. «History and Advocacy: Some Reflections on the Historian’s Role in Litigation», *Canadian Historical Review*, LXVIII, 4 (décembre 1987), 576-85.  
 Fisher, Robin. «Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*», *B.C. Studies*, XCV (automne 1992), 43-54.  
 Henderson, James [Sákéj] Youngblood. «Interpreting *Sui Generis* Treaties» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46.  
 MacFarlane, R. O. «Indian Trade in Nova Scotia to 1764», in *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association*, held at McGill University, Montreal, May 20-22, 1934, with Historical Papers. Toronto: University of Toronto Press, 1935, 57-67.  
 MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada. «*We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made*»: *A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer’s Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations*. St. John, N.-B., 1992.  
 Ray, Arthur J. «Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court», *Native Studies Review*, VI, 2 (1990), 13-29.



Rotman, Leonard I. "Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Upton, Leslie F. S. *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1979.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

Rotman, Leonard I. «Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763*. Ottawa: Centre de la recherche historique, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Upton, Leslie F. S. *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1979.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 159 N.S.R. (2d) 186, 468 A.P.R. 186, 146 D.L.R. (4th) 257, [1997] 3 C.N.L.R. 209, [1997] N.S.J. No. 131 (QL), affirming a decision of the Provincial Court, [1996] N.S.J. No. 246 (QL), convicting the accused of three offences under the *Fisheries Act*. Appeal allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Bruce H. Wildsmith, Q.C.*, and *Eric A. Zscheile*, for the appellant.

*Michael A. Paré, Ian MacRae* and *Gordon Campbell*, for the respondent.

*Bruce Judah, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*A. William Moreira, Q.C.*, and *Daniel R. Pust*, for the intervener the West Nova Fishermen's Coalition.

*D. Bruce Clarke*, for the intervener the Native Council of Nova Scotia.

*Henry J. Bear*, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Binnie JJ. was delivered by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 159 N.S.R. (2d) 186, 468 A.P.R. 186, 146 D.L.R. (4th) 257, [1997] 3 C.N.L.R. 209, [1997] N.S.J. No. 131 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour provinciale, [1996] N.S.J. No. 246 (QL), qui avait déclaré l'accusé coupable de trois infractions visées à la *Loi sur les pêches*. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Bruce H. Wildsmith, c.r.*, et *Eric A. Zscheile*, pour l'appelant.

*Michael A. Paré, Ian MacRae* et *Gordon Campbell*, pour l'intimée.

*Bruce Judah, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*A. William Moreira, c.r.*, et *Daniel R. Pust*, pour l'intervenante West Nova Fishermen's Coalition.

*D. Bruce Clarke*, pour l'intervenant Native Council of Nova Scotia.

*Henry J. Bear*, pour l'intervenant Union of New Brunswick Indians.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci et Binnie rendu par

BINNIE J. — On an August morning six years ago the appellant and a companion, both Mi'kmaq Indians, slipped their small outboard motorboat into the coastal waters of Pomquet Harbour, Antigonish County, Nova Scotia to fish for eels. They landed 463 pounds, which they sold for \$787.10, and for which the appellant was arrested and prosecuted.

On an earlier August morning, some 235 years previously, the Reverend John Seycombe of Chester, Nova Scotia, a missionary and sometime dining companion of the Governor, noted with satisfaction in his diary, "Two Indian squaws brought seal skins and eels to sell". That transaction was apparently completed without arrest or other incident. The thread of continuity between these events, it seems, is that the Mi'kmaq people have sustained themselves in part by harvesting and trading fish (including eels) since Europeans first visited the coasts of what is now Nova Scotia in the 16th century. The appellant says that they are entitled to continue to do so now by virtue of a treaty right agreed to by the British Crown in 1760. As noted by my colleague, Justice McLachlin, the appellant is guilty as charged unless his activities were protected by an existing aboriginal or treaty right. No reliance was placed on any aboriginal right; the appellant chooses to rest his case entirely on the Mi'kmaq treaties of 1760-61.

The trial judge ([1996] N.S.J. No. 246 (QL) (Prov. Ct.)) accepted as applicable the terms of a Treaty of Peace and Friendship signed on March 10, 1760 at Halifax. The parties disagree about the existence of alleged oral terms, as well as the implications of the "trade clause" written into that document. From this distance, across more than two centuries, events are necessarily seen as "through a glass, darkly". The parties were negotiating in March 1760 in the shadow of the great military and political turmoil following the fall of the French fortresses at Louisbourg, Cape Breton

LE JUGE BINNIE — Par un matin d'août, il y a six ans, l'appelant et un ami, tous deux des Indiens mi'kmaq, sont allés pêcher l'anguille avec leur petit hors-bord dans les eaux côtières de Pomquet Harbour, dans le comté d'Antigonish en Nouvelle-Écosse. Ils en ont pris 463 livres, qu'ils ont vendues pour 787,10 \$, activités pour lesquelles l'appelant a été arrêté et accusé.

Par un matin d'août également, mais il y a plus longtemps de cela, soit environ 235 ans, le révérend John Seycombe, de Chester en Nouvelle-Écosse, missionnaire et, parfois, compagnon de table du gouverneur, a écrit avec satisfaction dans son journal, [TRADUCTION] «Deux Indiennes ont apporté des peaux de phoque et des anguilles pour les vendre». Cette transaction s'est apparemment déroulée sans arrestation ni autre incident. L'élément de continuité entre ces événements est, semble-t-il, que les Mi'kmaq subviennent en partie à leurs besoins en pêchant et en faisant le commerce du poisson (y compris l'anguille), et ce depuis que les Européens ont visité pour la première fois, au 16<sup>e</sup> siècle, les côtes du territoire qui est maintenant la Nouvelle-Écosse. L'appelant affirme que les Mi'kmaq ont le droit de continuer à le faire en vertu d'un droit issu d'un traité conclu avec la Couronne britannique en 1760. Comme l'a souligné ma collègue le juge McLachlin, l'appelant est coupable des infractions reprochées sauf si ses activités étaient protégées par un droit existant — ancestral ou issu de traité. Aucun droit ancestral n'a été invoqué; l'appelant a décidé de fonder sa cause entièrement sur les traités conclus par les Mi'kmaq en 1760 et en 1761.

Le juge du procès ([1996] N.S.J. No. 246 (QL) (C. prov.)) a considéré que les conditions du Traité de paix et d'amitié signé le 10 mars 1760 à Halifax étaient applicables. Les parties ne s'entendent pas quant à l'existence de conditions verbales ni quant aux effets de la «clause relative au commerce» figurant dans ce document. De cette distance, après plus de deux siècles, les événements sont nécessairement vus comme «dans un miroir, d'une manière obscure». En mars 1760, les parties négociaient dans l'ombre de la grande tourmente militaire et politique qui a suivi la chute des forteresses

1

2

3

(June 1758) and Quebec (September 1759). The Mi'kmaq signatories had been allies of the French King, and Montreal would continue to be part of New France until it subsequently fell in June 1760. The British had almost completed the process of expelling the Acadians from southern Nova Scotia. Both the Treaty of Paris, ending hostilities, and the Royal Proclamation of 1763 were still three years in the future. Only six years prior to the signing of the treaties, the British Governor of Nova Scotia had issued a Proclamation (May 14, 1756) offering rewards for the killing and capturing of Mi'kmaq throughout Nova Scotia, which then included New Brunswick. The treaties were entered into in a period where the British were attempting to expand and secure their control over their northern possessions. The subtext of the Mi'kmaq treaties was reconciliation and mutual advantage.

françaises de Louisbourg, du Cap Breton (en juin 1758) et de Québec (en septembre 1759). Les signataires mi'kmaq avaient été des alliés du roi français, et Montréal continuerait de faire partie de la Nouvelle-France jusqu'à sa chute en juin 1760. Les Britanniques avaient presque complété l'expulsion des Acadiens du sud de la Nouvelle-Écosse. Il s'écoulerait encore trois ans avant la signature du Traité de Paris, qui mettait fin aux hostilités, et l'édiction de la Proclamation royale de 1763. Six ans seulement avant la signature des traités, le gouverneur britannique de la Nouvelle-Écosse avait pris une proclamation (le 14 mai 1756) offrant une récompense à qui prendrait, morts ou vifs, des Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse, territoire qui comprenait alors le Nouveau-Brunswick. Les traités ont été conclus à un moment où les Britanniques tentaient d'étendre et de solidifier leur emprise sur leurs possessions du nord. L'objectif implicite des traités avec les Mi'kmaq était la réconciliation et la reconnaissance d'avantages mutuels.

4

I would allow this appeal because nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship, as best the content of those treaty promises can now be ascertained. In reaching this conclusion, I recognize that if the present dispute had arisen out of a modern commercial transaction between two parties of relatively equal bargaining power, or if, as held by the courts below, the short document prepared at Halifax under the direction of Governor Charles Lawrence on March 10, 1760 was to be taken as being the "entire agreement" between the parties, it would have to be concluded that the Mi'kmaq had inadequately protected their interests. However, the courts have not applied strict rules of interpretation to treaty relationships. In *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, and earlier decisions cited therein, the Nova Scotia Court of Appeal has affirmed the Mi'kmaq aboriginal right to fish for food. The appellant says the treaty allows him to fish for trade. In my view, the 1760 treaty does affirm the right of the Mi'kmaq people to continue to provide for their own sustenance by taking the products of their hunting, fishing and other

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi parce que rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié, autant qu'il soit possible de dégager aujourd'hui la teneur des promesses faites par traité. En tirant cette conclusion, je reconnais que, si le présent litige découlait d'une transaction commerciale moderne entre deux parties jouissant d'un pouvoir de négociation relativement égal, ou si, comme ont conclu les juridictions inférieures, le court document rédigé à Halifax, sous la direction du gouverneur Charles Lawrence le 10 mars 1760, devait être considéré comme l'«entente intégrale» entre les parties, il faudrait conclure que les Mi'kmaq ont mal protégé leurs intérêts. Toutefois, les tribunaux n'appliquent pas des règles d'interprétation strictes aux rapports fondés sur les traités. Dans *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, et dans des décisions antérieures citées dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé le droit ancestral des Mi'kmaq de pêcher pour se nourrir. L'appelant affirme que le traité lui permet de pêcher à des fins commerciales. À mon avis, le Traité de 1760

gathering activities, and trading for what in 1760 was termed “necessaries”. This right was always subject to regulation. The Crown does not suggest that the regulations in question accommodate the treaty right. The Crown’s case is that no such treaty right exists. Further, no argument was made that the treaty right was extinguished prior to 1982, and no justification was offered by the Crown for the several prohibitions at issue in this case. Accordingly, in my view, the appellant is entitled to an acquittal.

### Analysis

The starting point for the analysis of the alleged treaty right must be an examination of the specific words used in any written memorandum of its terms. In this case, the task is complicated by the fact the British signed a series of agreements with individual Mi’kmaq communities in 1760 and 1761 intending to have them consolidated into a comprehensive Mi’kmaq treaty that was never in fact brought into existence. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., found that by the end of 1761 all of the Mi’kmaq villages in Nova Scotia had entered into separate but similar treaties. Some of these documents are missing. Despite some variations among some of the documents, Embree Prov. Ct. J. was satisfied that the written terms applicable to this dispute were contained in a Treaty of Peace and Friendship entered into by Governor Charles Lawrence on March 10, 1760, which in its entirety provides as follows:

Treaty of Peace and Friendship concluded by [His Excellency Charles Lawrence] Esq. Govr and Comr. in Chief in and over his Majesty’s Province of Nova Scotia or Accadia with Paul Laurent chief of the LaHave tribe of Indians at Halifax in the Province of N.S. or Acadia.

I, Paul Laurent do for myself and the tribe of LaHave Indians of which I am Chief do acknowledge the jurisdiction and Dominion of His Majesty George the Second over the Territories of Nova Scotia or Accadia

confirme le droit des Mi’kmaq de continuer à assurer leur subsistance en se servant du produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette pour se procurer ce qu’on appelait en 1760 les «biens nécessaires». Ce droit a toujours été assujéti à la réglementation. Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu’aucun droit de la sorte n’existe. De plus, le ministère public n’a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant 1982, ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. En conséquence, je suis d’avis que l’appellant a droit à l’acquiescement.

### L’analyse

Pour analyser le droit issu de traité invoqué, il faut d’abord examiner les termes précis qui ont été utilisés dans tout document en constatant les conditions. En l’espèce, cette tâche se complique du fait que, en 1760 et en 1761, les Britanniques ont signé avec diverses communautés mi’kmaq une série d’ententes qu’ils entendaient consolider en un traité global avec les Mi’kmaq, mais qui, dans les faits, n’a jamais vu le jour. Le juge qui a présidé le procès, le juge Embree de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, a conclu que, à la fin de 1761, des traités similaires avaient été conclus avec tous les villages mi’kmaq de la Nouvelle-Écosse. Certains de ces documents sont disparus. Malgré l’existence de différences entre certains documents, le juge Embree a conclu que les conditions écrites applicables au présent litige figurent dans le Traité de paix et d’amitié conclu par le gouverneur Charles Lawrence le 10 mars 1760, dont voici le texte intégral:

[TRADUCTION] Traité de paix et d’amitié conclu par [Son Excellence Charles Lawrence], Esq., Gouv. et Com. en chef dans et pour la province de Sa Majesté la Nouvelle-Écosse ou l’Acadie, avec Paul Laurent, Chef de la tribu des Indiens de LaHave, à Halifax, dans la province de la N.-É. ou d’Acadie.

Je soussigné, Paul Laurent, en mon nom et au nom de la tribu des Indiens de LaHave dont je suis le chef, reconnais la juridiction et la domination de Sa Majesté le Roi George II sur les territoires de la Nouvelle-Écosse

and we do make submission to His Majesty in the most perfect, ample and solemn manner.

And I do promise for myself and my tribe that I nor they shall not molest any of His Majesty's subjects or their dependents, in their settlements already made or to be hereafter made or in carrying on their Commerce or in any thing whatever within the Province of His said Majesty or elsewhere and if any insult, robbery or outrage shall happen to be committed by any of my tribe satisfaction and restitution shall be made to the person or persons injured.

That neither I nor any of my tribe shall in any manner entice any of his said Majesty's troops or soldiers to desert, nor in any manner assist in conveying them away but on the contrary will do our utmost endeavours to bring them back to the Company, Regiment, Fort or Garrison to which they shall belong.

That if any Quarrel or Misunderstanding shall happen between myself and the English or between them and any of my tribe, neither I, nor they shall take any private satisfaction or Revenge, but we will apply for redress according to the Laws established in His said Majesty's Dominions.

That all English prisoners made by myself or my tribe shall be sett at Liberty and that we will use our utmost endeavours to prevail on the other tribes to do the same, if any prisoners shall happen to be in their hands.

And I do further promise for myself and my tribe that we will not either directly nor indirectly assist any of the enemies of His most sacred Majesty King George the Second, his heirs or Successors, nor hold any manner of Commerce traffick nor intercourse with them, but on the contrary will as much as may be in our power discover and make known to His Majesty's Governor, any ill designs which may be formed or contrived against His Majesty's subjects. And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor at Lunenburg or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

And for the more effectual security of the due performance of this Treaty and every part thereof I do promise and Engage that a certain number of persons of my tribe which shall not be less in number than two prisoners shall on or before September next reside as Hostages at Lunenburg or at such other place or places

ou d'Acadie et nous faisons notre soumission à sa Majesté de la manière la plus complète et la plus solennelle.

Et je promets en mon nom et au nom de ma tribu, de ne molester aucun des sujets de Sa Majesté et des personnes à leur charge, dans leurs établissements actuels ou futurs, ou dans leur commerce ou dans quelque autre chose dans ladite province de Sa Majesté ou ailleurs; et s'il arrive que quelque insulte, vol ou outrage soit commis par un membre de ma tribu, il sera donné satisfaction et fait restitution à la ou aux personnes lésées.

Que ni moi, ni aucun membre de ma tribu, n'inciterons les troupes ou soldats de Sa Majesté à désertier, ni ne les aiderons à s'enfuir, mais au contraire que nous nous efforcerons de les ramener à leur compagnie, régiment, fort ou garnison.

Qu'en cas de querelle ou mésentente entre moi-même et les Anglais ou entre ces derniers et un membre de ma tribu, ni eux ni moi n'exercerons aucune vengeance personnelle, mais que nous demanderons réparation selon les lois établies dans les Dominions de Sa Majesté.

Que tous les prisonniers anglais que ma tribu ou moi avons faits seront remis en liberté et que nous nous efforcerons de convaincre les autres tribus de faire de même si des prisonniers sont entre leurs mains.

Et je promets en outre, en mon nom et au nom de ma tribu, que nous n'assisterons, ni directement ni indirectement, aucun des ennemis de Sa Majesté très sacrée le Roi George II, de ses héritiers ou successeurs, ni ne ferons quelque forme de commerce, de trafic ou d'échanges avec eux; mais qu'au contraire nous ferons tout ce qui est en notre pouvoir pour découvrir et signaler au gouverneur de Sa Majesté tout complot formé ou ourdi contre les sujets de Sa Majesté. Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à Lunenburg ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou Acadie.

Et pour garantir plus efficacement l'exécution du présent traité en entier je prends l'engagement que certains membres de ma tribu, dont le nombre ne sera pas inférieur à deux, iront au plus tard en septembre prochain résider en tant qu'otages à Lunenburg ou à tel autre endroit en Nouvelle-Écosse ou Acadie désigné à cette

in this Province of Nova Scotia or Accadia as shall be appointed for that purpose by His Majesty's Governor of said Province which Hostages shall be exchanged for a like number of my tribe when requested.

And all these foregoing articles and every one of them made with His Excellency C. L., His Majesty's Governor I do promise for myself and on of sd part — behalf of my tribe that we will most strictly keep and observe in the most solemn manner.

In witness whereof I have hereunto putt my mark and seal at Halifax in Nova Scotia this day of March one thousand

Paul Laurent

I do accept and agree to all the articles of the forgoing treaty in Faith and Testimony whereof I have signed these present I have caused my seal to be hereunto affixed this day of march in the 33 year of His Majesty's Reign and in the year of Our lord — 1760

Chas Lawrence [Emphasis added.]

The underlined portion of the document, the so-called “trade clause”, is framed in negative terms as a restraint on the ability of the Mi'kmaq to trade with non-government individuals. A “truckhouse” was a type of trading post. The evidence showed that the promised government truckhouses disappeared from Nova Scotia within a few years and by 1780 a replacement regime of government licensed traders had also fallen into disuse while the British Crown was attending to the American Revolution. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., rejected the Crown's argument that the trade clause amounted to nothing more than a negative covenant. He found, at para. 116, that it reflected a grant to the Mi'kmaq of the positive right to “bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade”. The Court of Appeal ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186) found that the trial judge misspoke when he used the word “right”. It held that the trade clause does not grant the Mi'kmaq any rights. Instead, the trade clause represented a “mechanism imposed upon them to help ensure that the peace was a lasting one, by obviating their need to trade with enemies of the British” (p. 208). When the truckhouses disappeared, said

fin par le gouverneur de Sa Majesté pour ladite province, lesquels otages seront échangés ou encore relevés par d'autres quand ils le souhaiteront.

Et je promets, en mon nom et au nom de ma tribu que nous respecterons et observerons de la manière la plus stricte et la plus solennelle tous et chacun des articles qui précèdent convenus avec Son Excellence C. L., gouverneur de Sa Majesté.

En foi de quoi, j'ai apposé ma marque et mon sceau à Halifax en Nouvelle-Écosse, le jour de mars mille

Paul Laurent

J'accepte tous les articles du traité susdit, en foi et en témoignage de quoi j'ai signé les présentes et y ai fait apposer mon sceau ce jour du mois de mars de la 33<sup>e</sup> année du règne de Sa Majesté et de l'an de Notre Seigneur — 1760

Chas Lawrence [Je souligne.]

La partie soulignée du document, qu'on appelle la «clause relative au commerce», est formulée de façon négative sous forme de restriction de la capacité des Mi'kmaq de commercer avec d'autres personnes que des représentants du gouvernement. Une «maison de troc» était un genre de poste de traite. La preuve a démontré que, quelques années plus tard, les maisons de troc promises par le gouvernement avaient cessé d'exister en Nouvelle-Écosse et que, en 1780, le régime de commerçants patentés par le gouvernement qui avait remplacé ces établissements était lui aussi tombé en désuétude, pendant que la Couronne britannique était préoccupée par la Révolution américaine. Le juge Embree a rejeté l'argument du ministère public que la clause relative au commerce n'était rien de plus qu'un engagement de ne pas faire quelque chose. Il a conclu, au par. 116, qu'elle avait eu pour effet d'accorder aux Mi'kmaq le droit positif [TRADUCTION] «d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce». La Cour d'appel ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186) a conclu que le juge du procès s'était mal exprimé lorsqu'il avait utilisé le mot «droit». Elle a statué que la clause relative au commerce ne conférait aucun droit aux Mi'kmaq, mais qu'elle constituait plutôt

the court, so did any vestiges of the restriction or entitlement, and that was the end of it.

un [TRADUCTION] «mécanisme qui leur avait été imposé en vue d'aider à l'établissement d'une paix durable, en éliminant leur besoin de commercer avec les ennemis des Britanniques» (p. 208). Lorsque les maisons de troc ont disparu, d'affirmer la Cour, il en a été de même pour tout vestige de la restriction ou du droit, et cela a mis fin à la question.

7 The appellant's position is that the truckhouse provision not only incorporated the alleged right to trade, but also the right to pursue traditional hunting, fishing and gathering activities in support of that trade. It seems clear that the words of the March 10, 1760 document, standing in isolation, do not support the appellant's argument. The question is whether the underlying negotiations produced a broader agreement between the British and the Mi'kmaq, memorialized only in part by the Treaty of Peace and Friendship, that would protect the appellant's activities that are the subject of the prosecution. I should say at the outset that the appellant overstates his case. In my view, the treaty rights are limited to securing "necessaries" (which I construe in the modern context, as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. The rights thus construed, however, are, in my opinion, treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are subject to regulations that can be justified under the *Badger* test (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771).

La position de l'appelant est que la clause relative aux maisons de troc n'a pas seulement incorporé le droit de commercer dont on allègue l'existence, mais aussi celui de poursuivre les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de cueillette pratiquées au soutien de ce commerce. Il semble clair que, pris isolément, les termes du document du 10 mars 1760 n'appuient pas l'argument de l'appelant. La question est de savoir si les négociations ont produit une entente plus large entre les Britanniques et les Mi'kmaq, qui n'aurait été constatée qu'en partie par le Traité de paix et d'amitié et qui protégerait les activités de l'appelant visées par la poursuite. Je dois souligner, au départ, que l'appelant exagère ses droits. J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujettis aux règlements dont la justification peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger* (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771).

8 Although the agreed statement of facts does not state explicitly that the appellant was exercising his rights for the purpose of necessaries, the Court was advised in the course of oral argument that the appellant "was engaged in a small-scale commercial activity to help subsidize or support himself and his common-law spouse". The Crown did not dispute this characterization and it is consistent with the scale of the operation, the amount of money involved, and the other surrounding facts. If at some point the appellant's trade and related fishing activities were to extend beyond what is

Quoique l'exposé conjoint des faits n'indique pas expressément que l'appelant exerçait ses droits pour se procurer des biens nécessaires, notre Cour a été informée, au cours des plaidoiries, que l'appelant [TRADUCTION] «se livrait à des activités commerciales sur une petite échelle pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait». Le ministère public n'a pas contesté cette description de la situation, qui concorde avec l'ampleur des activités, la somme en cause et les autres faits pertinents. Si, à un moment donné, le commerce de l'appelant et les activités de pêche connexes

reasonably required for necessities, as hereinafter defined, he would be outside treaty protection, and can expect to be dealt with accordingly.

### Evidentiary Sources

The Court of Appeal took a strict approach to the use of extrinsic evidence when interpreting the Treaties of 1760-61. Roscoe and Bateman J.J.A. stated at p. 194: “While treaties must be interpreted in their historical context, extrinsic evidence cannot be used as an aid to interpretation, in the absence of ambiguity”. I think this approach should be rejected for at least three reasons.

Firstly, even in a modern commercial context, extrinsic evidence is available to show that a written document does not include all of the terms of an agreement. Rules of interpretation in contract law are in general more strict than those applicable to treaties, yet Professor Waddams states in *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 316:

The parol evidence rule does not purport to exclude evidence designed to show whether or not the agreement has been “reduced to writing”, or whether it was, or was not, the intention of the parties that it should be the exclusive record of their agreement. Proof of this question is a pre-condition to the operation of the rule, and all relevant evidence is admissible on it. This is the view taken by Corbin and other writers, and followed in the Second Restatement.

See also *International Casualty Co. v. Thomson* (1913), 48 S.C.R. 167, per Idington J., at p. 191, and G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed. 1995), at p. 177. For an example of a treaty only partly reduced to writing, see *R. v. Taylor and Wil-*

devaient dépasser ce qui est raisonnablement requis pour pouvoir se procurer les biens nécessaires, suivant la définition donnée à ce terme plus loin dans les présents motifs, il cesserait de bénéficier de la protection du traité et il pourrait s’attendre à être traité en conséquence.

### Les sources de la preuve

La Cour d’appel a appliqué une approche restrictive relativement à l’utilisation de la preuve extrinsèque dans l’interprétation des traités de 1760 et 1761. Les juges Roscoe et Bateman ont fait l’affirmation suivante, à la p. 194: [TRADUCTION] «Bien que les traités doivent être interprétés dans leur contexte historique, la preuve extrinsèque ne peut être utilisée pour aider à leur interprétation en l’absence d’ambiguïté». J’estime que cette approche doit être rejetée pour au moins trois raisons.

Premièrement, même dans le contexte commercial moderne, il est possible de faire appel à des éléments de preuve extrinsèques pour démontrer qu’un document donné ne renferme pas toutes les conditions d’une entente. Les règles d’interprétation applicables en droit des contrats sont généralement plus strictes que celles applicables aux traités. Pourtant, le professeur Waddams a dit ce qui suit, dans *The Law of Contracts* (3<sup>e</sup> éd. 1993), au par. 316:

[TRADUCTION] La règle d’exclusion de la preuve extrinsèque ne vise pas à écarter les éléments de preuve qui sont de nature à démontrer si l’entente a oui ou non été «couchée par écrit», ou si les parties avaient l’intention de faire de l’écrit le seul document constatant cette entente. La preuve de ces questions est un préalable à l’application de la règle, et tout élément de preuve pertinent à cet égard est admissible. C’est l’opinion qui a été exprimée par Corbin et par d’autres auteurs, et qui a été suivie dans le *Second Restatement*.

Voir également *International Casualty Co. c. Thomson* (1913), 48 R.C.S. 167, le juge Idington, à la p. 191, et G. H. Treitel, *The Law of Contract* (9<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 177. Pour un exemple de traité qui n’a été que partiellement couché par

9

10



*liams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.) (leave to appeal dismissed, [1981] 2 S.C.R. xi).

écrit, voir *R. c. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 2 R.C.S. xi).

11 Secondly, even in the context of a treaty document that purports to contain all of the terms, this Court has made clear in recent cases that extrinsic evidence of the historical and cultural context of a treaty may be received even absent any ambiguity on the face of the treaty. MacKinnon A.C.J.O. laid down the principle in *Taylor and Williams, supra*, at p. 236:

Deuxièmement, même dans le cas d'un document censé contenir toutes les conditions d'un traité, notre Cour a clairement indiqué dans des arrêts récents que des éléments de preuve extrinsèques relatifs au contexte historique et culturel d'un traité pouvaient être admis même en l'absence d'ambiguïté ressortant à la lecture même du traité. Le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé le principe suivant dans *Taylor and Williams*, précité, à la p. 236:

... if there is evidence by conduct or otherwise as to how the parties understood the terms of the treaty, then such understanding and practice is of assistance in giving content to the term or terms.

[TRADUCTION] ... si la conduite des parties ou d'autres faits apportent des éléments de preuve concernant la manière dont celles-ci comprenaient les conditions du traité, cette façon de comprendre et d'agir est utile pour donner corps aux conditions visées.

The proposition is cited with approval in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 87, and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1045.

Cette proposition est mentionnée avec approbation dans les arrêts *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au par. 87, et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1045.

12 Thirdly, where a treaty was concluded verbally and afterwards written up by representatives of the Crown, it would be unconscionable for the Crown to ignore the oral terms while relying on the written terms, *per* Dickson J. (as he then was) in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. Dickson J. stated for the majority, at p. 388:

Troisièmement, lorsqu'un traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit par des représentants de la Couronne, il serait inacceptable que cette dernière fasse fi des conditions dont les parties ont convenu oralement, alors qu'elle se fonde sur celles qui ont été consignées par écrit, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. S'exprimant pour la majorité, le juge Dickson a dit ceci, à la p. 388:

Nonetheless, the Crown, in my view, was not empowered by the surrender document to ignore the oral terms which the Band understood would be embodied in the lease. The oral representations form the backdrop against which the Crown's conduct in discharging its fiduciary obligation must be measured. They inform and confine the field of discretion within which the Crown was free to act. After the Crown's agents had induced the Band to surrender its land on the understanding that the land would be leased on certain terms, it would be unconscionable to permit the Crown simply to ignore those terms.

J'estime néanmoins que l'acte de cession n'autorisait pas Sa Majesté à ignorer les conditions verbales qui, selon ce que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail. C'est en fonction de ces représentations verbales que doit être appréciée la conduite adoptée par Sa Majesté en s'acquittant de son obligation de fiduciaire. Elles définissent et limitent la latitude dont jouissait Sa Majesté dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Après que les mandataires de Sa Majesté eurent amené la bande à céder ses terres en lui laissant entendre qu'elles seraient louées à certaines conditions, il serait déraisonnable de permettre à Sa Majesté d'ignorer tout simplement ces conditions.

The *Guerin* case is a strong authority in this respect because the surrender there could only be accepted by the Governor in Council, who was not made aware of any oral terms. The surrender could *not* have been accepted by the departmental officials who were present when the Musqueam made known their conditions. Nevertheless, the Governor in Council was held bound by the oral terms which “the Band understood would be embodied in the lease” (p. 388). In this case, unlike *Guerin*, the Governor did have authority to bind the Crown and was present when the aboriginal leaders made known their terms.

The narrow approach applied by the Court of Appeal to the use of extrinsic evidence apparently derives from the comments of Estey J. in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, where, at p. 201, he expressed some reservations about the use of extrinsic materials, such as the transcript of negotiations surrounding the signing of Treaty No. 6, except in the case of ambiguity. (Estey J. went on to consider the extrinsic evidence anyway, at p. 203.) Lamer J., as he then was, mentioned this aspect of *Horse* in *Sioui*, *supra*, at p. 1049, but advocated a more flexible approach when determining the existence of treaties. Lamer J. stated, at p. 1068, that “[t]he historical context, which has been used to demonstrate the existence of the treaty, may equally assist us in interpreting the extent of the rights contained in it”.

Subsequent cases have distanced themselves from a “strict” rule of treaty interpretation, as more recently discussed by Cory J., in *Badger*, *supra*, at para. 52:

... when considering a treaty, a court must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing. The treaties, as written documents, recorded an agreement that had already been reached orally and they did not always record the full extent of the oral agreement: see Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), at

L’arrêt *Guerin* a une grande valeur comme précédent à cet égard, car la cession en cause dans cette affaire ne pouvait être acceptée que par le gouverneur en conseil, qui n’avait pas été informé de l’existence de quelque condition verbale que ce soit. La cession *ne* pouvait *pas* avoir été acceptée par les fonctionnaires du ministère qui étaient présents lorsque les Musqueams ont fait connaître leurs conditions. Néanmoins, il a été jugé que le gouverneur en conseil était lié par les conditions verbales qui, «selon ce que la bande avait cru comprendre, seraient incluses dans le bail» (p. 388). Dans le présent cas, contrairement à l’affaire *Guerin*, le gouverneur avait le pouvoir de lier la Couronne et était présent lorsque les chefs autochtones ont fait part de leurs conditions.

L’approche restrictive appliquée par la Cour d’appel à l’égard du recours à la preuve extrinsèque découle apparemment des observations faites par le juge Estey dans l’arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, où, à la p. 201, il a exprimé des doutes quant à l’utilisation, sauf en cas d’ambiguïté, de documents extrinsèques, telle la transcription des négociations entourant la signature du Traité n° 6. (Le juge Estey a néanmoins examiné les éléments de preuve extrinsèques, à la p. 203.) Dans l’arrêt *Sioui*, précité, à la p. 1049, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a fait état de cet aspect de l’arrêt *Horse*, mais il a préconisé une approche plus souple aux fins de statuer sur l’existence de traités. Il a dit, à la p. 1068, que «[s]i le contexte historique a pu servir à démontrer l’existence du traité, il peut tout aussi bien nous aider à interpréter l’étendue des droits qui sont contenus dans ce traité».

Dans des arrêts ultérieurs, notre Cour s’est écartée d’une règle «stricte» d’interprétation des traités, comme l’a récemment mentionné le juge Cory dans *Badger*, précité, au par. 52:

... le tribunal qui examine un traité doit tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit. En tant qu’écrits, les traités constataient des accords déjà conclus verbalement, mais ils ne rapportaient pas toujours la pleine portée de ces ententes verbales: voir Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1880), aux pp. 338 à 342; *Sioui*, pré-

13

14

pp. 338-42; *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). The treaties were drafted in English by representatives of the Canadian government who, it should be assumed, were familiar with common law doctrines. Yet, the treaties were not translated in written form into the languages (here Cree and Dene) of the various Indian nations who were signatories. Even if they had been, it is unlikely that the Indians, who had a history of communicating only orally, would have understood them any differently. As a result, it is well settled that the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. [Emphasis added.]

“Generous” rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse. The special rules are dictated by the special difficulties of ascertaining what in fact was agreed to. The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown’s approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty (*Sioui*, *supra*, at p. 1049), the completeness of any written record (the use, e.g., of context and implied terms to make honourable sense of the treaty arrangement: *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, and *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393), and the interpretation of treaty terms once found to exist (*Badger*). The bottom line is the Court’s obligation is to “choose from among the various possible interpretations of the common intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles” the Mi’kmaq interests and those of the British Crown (*Sioui*, *per* Lamer J., at p. 1069 (emphasis added)). In *Taylor and Williams*, *supra*, the Crown conceded that points of oral agreement recorded in contemporaneous minutes were included in the treaty (p. 230) and the court concluded that their effect was to “preserve the historic right of these Indians to hunt and fish on Crown lands” (p. 236). The historical record in the

cité, à la p. 1068; *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991); Jean Friesen, *Grant me Wherewith to Make my Living* (1985). Les traités, qui ont été rédigés en anglais par des représentants du gouvernement canadien qui, on le présume, connaissaient les doctrines de common law, n’ont toutefois pas été traduits, par écrit, dans les diverses langues (en l’espèce le cri et le déné) des nations indiennes qui en étaient signataires. D’ailleurs, même s’ils l’avaient été, il est peu probable que les Indiens, qui communiquaient exclusivement oralement, les auraient interprétés différemment. Par conséquent, il est bien établi que le texte d’un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d’interprétation modernes. [Je souligne.]

Il ne faut pas confondre les règles «généreuses» d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori. L’application de règles spéciales est dictée par les difficultés particulières que pose la détermination de ce qui a été convenu dans les faits. Les parties indiennes n’ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres compte-rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l’approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d’interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l’existence d’un traité (*Sioui*, précité, à la p. 1049), le caractère exhaustif de tout écrit (par exemple l’utilisation du contexte et des conditions implicites pour donner un sens honorable à ce qui a été convenu par traité: *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393), et l’interprétation des conditions du traité, une fois qu’il a été conclu à leur existence (*Badger*). En bout de ligne, la Cour a l’obligation «de choisir, parmi les interprétations de l’intention commune [au moment de la conclusion du traité] qui s’offrent à [elle], celle qui concilie le mieux» les intérêts des Mi’kmaq et ceux de la Couronne britannique (*Sioui*, le juge Lamer, à la p. 1069 (je souligne)). Dans *Taylor and Williams*, précité, le ministère public a concédé que des conditions qui avaient été convenues verbalement et constatées dans des procès-verbaux de l’époque faisaient partie du traité (p. 230), et la cour a conclu qu’elles avaient pour effet de [TRADUCTION] «protéger le droit historique de ces

present case is admittedly less clear-cut, and there is no parallel concession by the Crown.

### The 1752 Mi'kmaq Treaty

In 1749, following one of the continuing wars between Britain and France, the British Governor at Halifax had issued what was apparently the first of the Proclamations “authorizing the military and all British subjects to kill or capture any Mi'kmaq found, and offering a reward”. This prompted what the Crown’s expert witness at trial referred to as a “British-Mi'kmaq war”. By 1751 relations had eased to the point where the 1749 Proclamation was revoked, and in November 1752 the Shubenacadie Mi'kmaq entered into the 1752 Treaty which was the subject of this Court’s decision in *Simon*. This treaty stated in Article 4 that:

It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting and Fishing as usual and that if they shall think a Truckhouse needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage. [Emphasis added.]

It will be noted that unlike the March 10, 1760 document, the earlier 1752 Treaty contains both a treaty right to hunt and fish “as usual” as well as a more elaborate trade clause. The appellant here initially relied on the 1752 Treaty as the source of his treaty entitlement. In *Simon*, Dickson C.J., at p. 404, concluded that on the basis of the evidence adduced in that case, “[t]he Crown has failed to prove that the Treaty of 1752 was terminated by subsequent hostilities” and left the termination

Indiens de chasser et de pêcher sur les terres de la Couronne» (p. 236). La preuve historique est, il faut le reconnaître, moins claire en l’espèce, et le ministère public n’a fait aucune concession de la sorte.

### Le Traité de 1752 avec les Mi'kmaq

En 1749, par suite de l’une des guerres continues entre la Grande-Bretagne et la France, le gouverneur britannique à Halifax avait pris ce qui était apparemment la première des Proclamations [TRADUCTION] «autorisant les militaires et tous les sujets britanniques à tuer ou capturer tout Mi'kmaq et offrant une récompense à cet égard». Cette décision a provoqué ce que le témoin-expert du ministère public au procès a appelé une [TRADUCTION] «guerre anglo-mi'kmaq». En 1751, les relations étaient devenues moins tendues, de sorte que la Proclamation de 1749 a été révoquée, et, en novembre 1752, les Mi'kmaq de Shubenacadie ont conclu le Traité de 1752, qui a fait l’objet de l’arrêt *Simon* de notre Cour. L’article 4 de ce traité prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume. Et qu’au cas que les dits Sauvages demandassent qu’il leur fut alloué un Magasin d’Echange sur la rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de bâtis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu’au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d’apporter vendre à Halifax ou dans quelqu’autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailes Poissons, et toute autre Chose quils auront à vendre et le tout a tel Advantage quils en pourront tirer. [Je souligne.]

Il convient de souligner que, contrairement au document du 10 mars 1760, le Traité de 1752 comporte le droit de chasser et de pêcher «comme de coutume» ainsi qu’une clause relative au commerce plus élaborée. En l’espèce, l’appelant a d’abord invoqué le Traité de 1752 comme source de son droit issu de traité. Dans l’arrêt *Simon*, à la p. 404, le juge en chef Dickson a conclu, à la lumière de la preuve présentée dans cette affaire, que «[l]e ministère public n’a[va]it pas réussi à

15

16

issue open (at pp. 406-7). The Crown led more detailed evidence of hostilities in this case. It appears that while the British had hoped that by entering the 1752 Treaty other Mi'kmaq communities would come forward to make peace, skirmishing commenced again in 1753 with the Mi'kmaq. France and Britain themselves went to war in 1754 in North America. In 1756, as stated, another Proclamation was issued by the British authorizing the killing and capturing of Mi'kmaq throughout Nova Scotia. According to the trial judge, at para. 63, during the 1750s the "French were relying on Mi'kmaq assistance in almost every aspect of their military plans including scouting and reconnaissance, and guarding the Cape Breton coast line". This evidence apparently persuaded the appellant at trial to abandon his reliance on the 1752 Peace and Friendship Treaty. The Court is thus not called upon to consider the 1752 Treaty in the present appeal.

démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin», et il ne s'est pas prononcé sur la question de l'extinction (aux pp. 406 et 407). Dans la présente affaire, le ministère public a présenté une preuve plus détaillée concernant les hostilités. Il semble que, bien que les Britanniques aient espéré que la conclusion du Traité de 1752 amènerait d'autres communautés mi'kmaq à faire des démarches de paix, de nouveaux accrochages avec les Mi'kmaq se soient produits en 1753. La France et la Grande-Bretagne elles-mêmes sont entrées en guerre en 1754 en Amérique du Nord. Comme je l'ai mentionné plus tôt, une autre Proclamation, prise en 1756 par les Britanniques, autorisait la prise, morts ou vifs, des Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse. Selon le juge du procès, au par. 63 de ses motifs, pendant les années 1750, [TRADUCTION] «les Français comptaient sur l'assistance des Mi'kmaq dans presque tous les aspects de leur stratégie militaire, y compris le dépistage, la reconnaissance et la surveillance des côtes du Cap Breton». Cette preuve a apparemment convaincu l'appelant au procès de cesser de se fonder sur le Traité de paix et d'amitié de 1752. Notre Cour n'a donc pas à examiner ce Traité dans le présent pourvoi.

17 It should be pointed out that the Mi'kmaq were a considerable fighting force in the 18th century. Not only were their raiding parties effective on land, Mi'kmaq were accomplished sailors. Dr. William Wicken, for the defence, spoke of "the Maritime coastal adaptation of the Micmac":

There are fishing people who live along the coastline who encounter countless fishermen, traders, on a regular basis off their coastline.

The Mi'kmaq, according to the evidence, had seized in the order of 100 European sailing vessels in the years prior to 1760. There are recorded Mi'kmaq sailings in the 18th century between Nova Scotia, St. Pierre and Miquelon and Newfoundland. They were not people to be trifled with. However, by 1760, the British and Mi'kmaq had a mutual self-interest in terminating hostilities and establishing the basis for a stable peace.

Il faut souligner que les Mi'kmaq constituaient une puissance militaire considérable au 18<sup>e</sup> siècle. Non seulement leurs raids étaient-ils efficaces sur terre, mais les Mi'kmaq étaient des marins accomplis. Le Dr William Wicken, qui a témoigné pour la défense, a parlé de [TRADUCTION] «l'adaptation des Micmacs à la vie côtière»:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un peuple de pêcheurs qui vit le long des côtes et y rencontre de façon régulière une multitude de pêcheurs et de commerçants.

D'après la preuve, les Mi'kmaq s'étaient emparés d'environ 100 navires européens avant 1760. Il existe des écrits faisant état de voyages maritimes des Mi'kmaq au 18<sup>e</sup> siècle entre la Nouvelle-Écosse, Saint-Pierre-et-Miquelon et Terre-Neuve. Ce n'était pas des gens qu'il fallait prendre à la légère. En 1760, toutefois, les Britanniques et les Mi'kmaq avaient un intérêt mutuel à mettre fin aux hostilités et à jeter les fondements d'une paix durable.

Findings of Fact by the Trial Judge

The appellant admitted that he did what he was alleged to have done on August 24, 1993. The only contentious issues arose on the historical record and with respect to the conclusions and inferences drawn by Embree Prov. Ct. J. from the documents, as explained by the expert witnesses. The permissible scope of appellate review in these circumstances was outlined by Lamer C.J. in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 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".

In the present case, the trial judge, after a careful and detailed review of the evidence, concluded at para. 116:

I accept as inherent in these treaties that the British recognized and accepted the existing Mi'kmaq way of life. Moreover, it's my conclusion that the British would have wanted the Mi'kmaq to continue their hunting, fishing and gathering lifestyle. The British did not want the Mi'kmaq to become a long-term burden on the public treasury although they did seem prepared to tolerate certain losses in their trade with the Mi'kmaq for the purpose of securing and maintaining their friendship and discouraging their future trade with the French. I am satisfied that this trade clause in the 1760-61 Treaties gave the Mi'kmaq the right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade. [Emphasis added.]

Les conclusions de fait tirées par le juge du procès

L'appelant a admis avoir commis les actes qu'on lui reproche d'avoir accomplis le 24 août 1993. Les seules questions litigieuses portaient sur le dossier historique et sur les conclusions et les inférences que le juge Embree a tirées des documents, à la lumière des explications des témoins-experts. La portée de l'examen que peut faire un tribunal d'appel dans de telles circonstances a été exposée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 82:

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».

Dans la présente affaire, après un examen soigné et détaillé de la preuve, le juge du procès a tiré la conclusion suivante, au par. 116:

[TRADUCTION] Je considère qu'il ressort intrinsèquement de ces traités que les Britanniques reconnaissaient et acceptaient le mode de vie des Mi'kmaq. En outre, j'en viens à la conclusion que les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie fondée sur la chasse, la pêche et la cueillette. Les Britanniques ne voulaient pas que les Mi'kmaq deviennent un fardeau à long terme pour le trésor public même s'ils semblaient prêts à tolérer certaines pertes dans leur commerce avec les Mi'kmaq afin de gagner et de conserver leur amitié et de les décourager de commercer dans le futur avec les Français. Je suis convaincu que cette clause relative au commerce figurant dans les traités de 1760 et 1761 a conféré aux Mi'kmaq le droit d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce. [Je souligne.]

The treaty document of March 10, 1760 sets out a restrictive covenant and does not say anything about a positive Mi'kmaq right to trade. In fact, the written document does not set out any Mi'kmaq rights at all, merely Mi'kmaq "promises" and the Governor's acceptance. I cannot reconcile the trial judge's conclusion, at para. 116, that the treaties "gave the Mi'kmaq the right to bring the products of their hunting, fishing and gathering to a truckhouse to trade", with his conclusion at para. 112 that:

The written treaties with the Mi'kmaq in 1760 and 1761 which are before me contain, and fairly represent, all the promises made and all the terms and conditions mutually agreed to.

It was, after all, the aboriginal leaders who asked for truckhouses "for the furnishing them with necessities, in Exchange for their Peltry" in response to the Governor's inquiry "Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time". It cannot be supposed that the Mi'kmaq raised the subject of trade concessions merely for the purpose of subjecting themselves to a trade restriction. As the Crown acknowledges in its factum, "The restrictive nature of the truckhouse clause was British in origin". The trial judge's view that the treaty obligations are all found within the four corners of the March 10, 1760 document, albeit generously interpreted, erred in law by failing to give adequate weight to the concerns and perspective of the Mi'kmaq people, despite the recorded history of the negotiations, and by giving excessive weight to the concerns and perspective of the British, who held the pen. (See *Badger*, at para. 41, and *Sioui*, at p. 1036.) The need to give balanced weight to the aboriginal perspective is equally applied in aboriginal rights cases: *Van der Peet*, at paras. 49-50; *Delgamuukw*, at para. 81.

Le Traité du 10 mars 1760 comporte un covenant (engagement) restrictif et ne parle aucunement d'un droit positif des Mi'kmaq de commercer. En fait, le document ne confère absolument aucun droit aux Mi'kmaq; il ne fait état que de «promesses» faites par ces derniers et de l'acceptation des clauses du traité par le gouverneur. Je ne peux pas concilier la conclusion du juge du procès, au par. 116, que les traités ont «conféré aux Mi'kmaq le droit d'apporter le produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette aux maisons de troc pour en faire le commerce», avec la conclusion qu'il tire, au par. 112:

[TRADUCTION] Les traités écrits qui ont été conclus avec les Mi'kmaq en 1760 et en 1761 et qui sont devant moi contiennent et reflètent fidèlement toutes les promesses qui ont été faites et les conditions dont les parties ont convenu mutuellement.

Après tout, ce sont les chefs indiens qui ont demandé l'établissement de maisons de troc [TRADUCTION] «afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries», en réponse à la question du gouverneur, qui leur demandait [TRADUCTION] «s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment». On ne peut supposer que les Mi'kmaq ont soulevé la question des concessions commerciales dans le seul but de se soumettre à une restriction en la matière. Comme le reconnaît le ministère public dans son mémoire, [TRADUCTION] «les Britanniques étaient à l'origine de la nature restrictive de la clause relative aux maisons de troc». En concluant que toutes les obligations prévues par le traité étaient circonscrites dans le document du 10 mars 1760, quoiqu'il s'agisse d'une interprétation généreuse, le juge du procès a commis une erreur de droit en n'accordant pas suffisamment d'importance aux préoccupations et au point de vue des Mi'kmaq, en dépit des écrits constatant l'historique des négociations, et en accordant une importance excessive aux préoccupations et au point de vue des Britanniques, qui tenaient le crayon. (Voir *Badger*, au par. 41, et *Sioui*, à la p. 1036.) La nécessité d'accorder une importance égale au point de vue des Autochtones s'applique de la même façon dans les affaires de droits ancestraux: *Van der Peet*, aux par. 49 et 50; *Delgamuukw*, au par. 81.

While the trial judge drew positive implications from the negative trade clause (reversed on this point by the Court of Appeal), such limited relief is inadequate where the British-drafted treaty document does not accord with the British-drafted minutes of the negotiating sessions and more favourable terms are evident from the other documents and evidence the trial judge regarded as reliable. Such an overly deferential attitude to the March 10, 1760 document was inconsistent with a proper recognition of the difficulties of proof confronted by aboriginal people, a principle emphasized in the treaty context by *Simon*, at p. 408, and *Badger*, at para. 4, and in the aboriginal rights context in *Van der Peet*, at para. 68, and *Delgamuukw*, at paras. 80-82. The trial judge interrogated himself on the scope of the March 10, 1760 text. He thus asked himself the wrong question. His narrow view of what constituted “the treaty” led to the equally narrow legal conclusion that the Mi’kmaq trading entitlement, such as it was, terminated in the 1780s. Had the trial judge not given undue weight to the March 10, 1760 document, his conclusions might have been very different.

The Court of Appeal, with respect, compounded the errors of law. It not only read the Mi’kmaq “right”, such as it was, out of the trial judgment, it also took the view, at p. 204, that the principles of interpretation of Indian treaties developed in connection with land cessions are of “limited specific assistance” to treaties of peace and friendship where “the significant ‘commodity’ exchanged was mutual promises of peace”. While it is true that there is no applicable land cession treaty in Nova Scotia, it is also true that the Mi’kmaq were largely dispossessed of their lands in any event, and (as elsewhere) assigned to reserves to accommodate the wave of European settlement which the Treaty of 1760 was designed to facilitate. It seems harsh to put aboriginal people in a worse legal position where land has been taken without their formal cession than where they have agreed to

Bien que le juge du procès ait inféré certaines conséquences positives de l’existence de la clause relative au commerce libellée négativement (conclusion toutefois infirmée par la Cour d’appel), une réparation aussi limitée est insuffisante lorsque le traité rédigé par les Britanniques ne concorde pas avec le procès-verbal des séances de négociation qu’ils ont eux-mêmes rédigé, et lorsque l’existence de conditions plus favorables ressort clairement des autres documents et éléments de preuve que le juge du procès a considérés fiables. Une attitude de retenue aussi excessive envers le document du 10 mars 1760 ne tient pas compte comme il se doit des problèmes de preuve auxquels font face les peuples autochtones, principe qui a été mis en évidence, en matière de traités, dans les arrêts *Simon*, à la p. 408, et *Badger*, au par. 4, et en matière de droits ancestraux dans les arrêts *Van der Peet*, au par. 68, et *Delgamuukw*, aux par. 80 à 82. Le juge du procès s’est interrogé sur la portée du texte du 10 mars 1760. Il s’est donc posé la mauvaise question. Son interprétation étroite de ce qui constituait «le traité» a conduit à sa conclusion de droit tout aussi étroite selon laquelle le droit des Mi’kmaq de commercer, tel qu’il existait, s’était éteint dans les années 1780. Si le juge du procès n’avait pas accordé une importance indue au document du 10 mars 1760, ses conclusions auraient pu être très différentes.

Avec égards, la Cour d’appel a ajouté aux erreurs de droit. Elle a non seulement interprété le «droit» conféré aux Mi’kmaq, tel qu’il existait, à partir du jugement de première instance, mais, à la p. 204, elle a également dit être d’avis que les principes d’interprétation des traités conclus avec les Indiens qui ont été élaborés dans le contexte de cessions de territoire sont d’un [TRADUCTION] «secours limité et précis» dans le cas des traités de paix et d’amitié, où «le «bien» important qui était échangé était des promesses réciproques de paix». Bien qu’il soit vrai qu’il n’y a aucun traité de cession de territoire applicable en Nouvelle-Écosse, il est également vrai que les Mi’kmaq ont de toute manière été largement dépossédés de leurs terres et que (comme ailleurs) on les a assignés à des réserves pour faire place à la vague de colons européens dont le Traité de 1760 visait à faciliter l’éta-

20

21



terms of cession. A deal is a deal. The same rules of interpretation should apply. If, as I believe, the courts below erred as a matter of law in these respects, it is open to an appellate court to correct the errors in an appeal under s. 830 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

### The 1760 Negotiations

22

I propose to review briefly the documentary record to emphasize and amplify certain aspects of the trial judge's findings. He accepted in general the evidence of the Crown's only expert witness, Dr. Stephen Patterson, a Professor of History at the University of New Brunswick, who testified at length about what the trial judge referred to (at para. 116) as British encouragement of the Mi'kmaq "hunting, fishing and gathering lifestyle". That evidence puts the trade clause in context, and answers the question whether there was something more to the treaty entitlement than merely the right to bring fish and wildlife to truckhouses.

#### (i) *The Documentary Record*

23

I take the following points from the matters particularly emphasized by the trial judge at para. 90 following his thorough review of the historical background:

1. The 1760-61 treaties were the culmination of more than a decade of intermittent hostilities between the British and the Mi'kmaq. Hostilities with the French were also prevalent in Nova Scotia throughout the 1750's, and the Mi'kmaq were constantly allied with the French against the British.

2. The use of firearms for hunting had an important impact on Mi'kmaq society. The Mi'kmaq remained

blissement. Il apparaît sévère de placer les Autochtones dans une situation juridique plus mauvaise lorsque des terres ont été prises sans qu'ils les aient cédées formellement que lorsqu'ils ont accepté les conditions de la cession. Un marché est un marché. Les mêmes règles d'interprétation devraient s'appliquer. Si, comme je le crois, les juridictions inférieures ont commis des erreurs de droit sur ces questions, il est loisible au tribunal d'appel de corriger ces erreurs dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'art. 830 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

### Les négociations de 1760

Je me propose de passer brièvement en revue la preuve documentaire pour bien faire ressortir certains aspects des conclusions du juge du procès. Il a accepté de façon générale la déposition du seul témoin-expert du ministère public, le Dr Stephen Patterson, professeur d'histoire à l'Université du Nouveau-Brunswick. Ce dernier a longuement témoigné à propos de ce que le juge du procès a qualifié (au par. 116) d'encouragement des Britanniques à la poursuite par les Mi'kmaq de leur [TRADUCTION] «mode de vie fondée sur la chasse, la pêche et la cueillette». Ce témoignage situe dans son contexte la clause relative au commerce et répond à la question de savoir si le traité conférerait davantage que le simple droit d'apporter du gibier et du poisson aux maisons de troc.

#### (i) *La preuve documentaire*

Je tire les éléments suivants des points que le juge du procès a fait ressortir de façon particulière au par. 90 de ses motifs, après un examen approfondi de la toile de fond historique:

[TRADUCTION]

1. Les traités de 1760 et 1761 ont été le point culminant de plus d'une décennie d'hostilités intermittentes entre les Britanniques et les Mi'kmaq. Les accrochages avec les Français étaient également monnaie courante en Nouvelle-Écosse au cours des années 1750, et les Mi'kmaq s'alliaient constamment avec les Français contre les Britanniques.

2. L'utilisation des armes à feu pour chasser a eu une incidence importante sur la société mi'kmaq. Les

dependant on others for gun powder and the primary sources of that were the French, Acadians and the British.

3. The French frequently supplied the Mi'kmaq with food and European trade goods. By the mid-18th century, the Mi'kmaq were accustomed to, and in some cases relied on, receiving various European trade goods [including shot, gun powder, metal tools, clothing cloth, blankets and many other things].

6. The British wanted peace and a safe environment for their current and future settlers. Despite their recent victories, they did not feel completely secure in Nova Scotia.

Shortly after the fall of Louisbourg in June 1758, the British commander sent emissaries to the Mi'kmaq, through the French missionary, Father Maillard (who served as translator at the subsequent negotiations), holding out an offer of the enjoyment of peace, liberty, property, possessions and religion:

... my Reverend Father, It is necessary that I make known to you that your Capital Quebec has fallen to the arms of the King, my master, your armies are in flight, thus if you and your people are so reckless to continue [this war] without justification, it is certain that you will perish by starvation since you have no other assistance.

So you, My Reverend Father, would do well to accept the olive branches that I send to you and to put me in possession of the vessels that your people took from me and return them all to me, I am commanded to assure you by His Majesty that you will enjoy all your possessions, your liberty, property with the free exercise of your religion as you can see by the declaration that I have the honour of sending you. [Emphasis added.]

In the harsh winter of 1759-1760, so many Mi'kmaq turned up at Louisbourg seeking sustenance that the British Commander expressed concern that unless their demand for necessities was met, they would become "very Troublesome" and "entirely putt a Stop to any Settling or fishing all along the Coast" or indeed "the Settlement of Nova Scotia" generally. This is stated in the dis-

Mi'kmaq ont continué à dépendre d'autrui pour la poudre à fusil, et leurs sources premières de ce produit étaient les Français, les Acadiens et les Britanniques.

3. Les Français fournissaient fréquemment aux Mi'kmaq de la nourriture et de biens commerciaux européens. Au milieu du 18<sup>e</sup> siècle, les Mi'kmaq étaient habitués à recevoir, et dans certains cas s'attendaient à recevoir, divers produits européens, [notamment des plombs, de la poudre à fusil, des outils en métal, du vêtement, des couvertures et bien d'autres choses].

6. Les Britanniques voulaient la paix et un environnement sécuritaire pour leurs colons actuels et futurs. Malgré leurs récentes victoires, ils ne se sentaient pas complètement en sécurité en Nouvelle-Écosse.

Peu de temps après la chute de Louisbourg en juin 1758, le commandant britannique a envoyé des émissaires aux Mi'kmaq, en faisant appel aux services du père Maillard, missionnaire français (qui a fait office de traducteur lors des négociations subséquentes), pour leur faire une offre de paix leur garantissant la liberté, la jouissance de leurs biens et l'exercice de leur religion:

[TRADUCTION] ... mon Reverend pere, Il faut que je vous faites scavoir que votre capitale Quebec s'en rendu aux armes du Roy mon maitre, vos armées sont mises dans la route, ainsi que si vous Et vos gens sont si temeraires de continuer [cette guerre] contre la bonne Raison, Il faut absolument que vous périssiez par la famine puisque vous ne scaurés avoir de secours.

Si vous Mon Reverend Pere, vous voules bien accepter Les branches d'holive que je vous envoie et me mettre En possession des Vaisseaux que vos Gens m'ont prier et vous Rendre tout à moy, Je suis commandé de vous assurer par Sa majesté que vous jouirés de tous vos biens, votre Liberté, propriété avec une Exercise Libre de votre Religion comme vous verré par Le manifest que Jay l'honneur de vous Envoie. [Je souligne.]

Au cours du rigoureux hiver de 1759-1760, tant de Mi'kmaq se sont rendus à Louisbourg en quête de nourriture que le commandant britannique a exprimé la crainte qu'à moins qu'il ne soit satisfait à leur demande de biens nécessaires, ils créeraient [TRADUCTION] «beaucoup de problèmes» et «interrompraient complètement toute colonisation et toute activité de pêche le long de la côte», voire

patch from the Governor at Louisbourg, Brigadier-General Edward Whitmore to General Jeffrey Amherst, based in New York, who commanded the British forces in North America:

I acquainted you in some of my Letters in December [1759] and January [1760] last that the Indians were Come in, and that they had agreed to live with us upon a footing of Friendship. Accordingly Several of their Chiefs came in here and articles were agreed on and Signed by Them and Me in Form. On which Occasion as They pleaded they were Naked and Starving I Cloathed Them and gave Them Some Presents of Provisions etc. Afterwards Several Others came in to whom I was Obliged to do the like. And at this time the Chief of the Island is here who beside some Cloathing makes a demand of Powder, Shott, and Arms for four men, which if I would Remain in Peace with Them I find I must Comply with. They Say the French always Supplied Them with these Things and They expect that we will do the Same. I can fore See that this will be a Constant annual Expence, and therefore I should be glad to have Your Directions both for my own Satisfaction and as a Rule to whoever may be left to Command here when I am Called away. Its Certain unless They are keep'd Quiet They might be very Troublesome to this Town with only a Small Garrison in it, and would entirely putt a Stop to any Settling or fishing all along the Coast, and which is yet of greater Consequence might much disturb and hinder the Settlement of Nova Scotia as They are so near to the back Settlements of that Province.

(Dispatch dated November 14, 1760.)

It is apparent that the British saw the Mi'kmaq trade issue in terms of peace, as the Crown expert Dr. Stephen Patterson testified, "people who trade together do not fight, that was the theory". Peace was bound up with the ability of the Mi'kmaq people to sustain themselves economically. Starvation breeds discontent. The British certainly did not want the Mi'kmaq to become an unnecessary drain on the public purse of the colony of Nova Scotia or of the Imperial purse in London, as the trial judge found. To avoid such a result, it became necessary to protect the traditional Mi'kmaq economy,

même «la colonisation de la Nouvelle-Écosse» de façon générale. C'est ce que dit la dépêche envoyée par le commandant de Louisbourg, le brigadier-général Edward Whitmore, au général Jeffrey Amherst, qui était basé à New York et commandait les forces britanniques en Amérique du Nord:

[TRADUCTION] Je vous ai informé dans certaines de mes lettres, soit en décembre [1759] et en janvier [1760] dernier, que les Indiens étaient venus et qu'ils avaient accepté de vivre avec nous dans un climat d'amitié. Par conséquent, plusieurs de leurs chefs sont venus ici et eux et moi avons convenu d'arrangements que nous avons signés en bonne et due forme. À cette occasion, ils ont dit n'avoir rien à se mettre sur le dos ni à manger, et je les ai vêtus et je leur ai fait cadeau de quelques provisions etc. Par la suite, plusieurs autres sont venus, pour qui j'ai été obligé de faire de même. Et maintenant, le chef de l'île est ici et, en plus de vêtements, il demande de la poudre, des plombs et des armes pour quatre hommes, ce que je dois leur donner si je veux continuer à être en paix avec eux. Ils disent que les Français leur fournissaient ces choses et qu'ils s'attendent à ce que nous fassions de même. Je peux prévoir que cela deviendra une dépense annuelle constante, de sorte que je serais heureux d'avoir vos directives pour mon propre bénéfice et en tant que règle pour la personne qui assumera le commandement ici lorsque je serai affecté ailleurs. Il est certain qu'à moins qu'ils soient apaisés, ils pourraient créer beaucoup de problèmes à cette ville, qui n'abrite qu'une petite garnison; ils interrompraient complètement toute colonisation et toute activité de pêche le long de la côte; et, ce qui est plus grave encore, ils pourraient nuire à la colonisation de la Nouvelle-Écosse puisqu'ils sont si près des colonies de l'arrière-pays dans cette province.

(Dépêche datée du 14 novembre 1760.)

Il est apparent que les Britanniques considéraient que la question du commerce avec les Mi'kmaq était liée à la paix, comme a affirmé l'expert du ministère public, le D<sup>r</sup> Stephen Patterson, [TRADUCTION] «les gens qui commercent ensemble ne se font pas la guerre, voilà quelle était la théorie». La paix était liée à la capacité des Mi'kmaq de subvenir à leurs besoins sur le plan économique. La famine engendre le mécontentement. Les Britanniques ne voulaient certes pas que les Mi'kmaq deviennent une ponction inutile sur les deniers publics de la colonie de la Nouvelle-Écosse ou sur

including hunting, gathering and fishing. A comparable policy was pursued at a later date on the west coast where, as Dickson J. commented in *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294, at p. 311:

What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes.

The same strategy of economic aboriginal self-sufficiency was pursued across the prairies in terms of hunting: see *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, *per* Wilson J., at p. 919, and Cory J., at p. 928.

The trial judge concluded that in 1760 the British Crown entered into a series of negotiations with communities of first nations spread across what is now Nova Scotia and New Brunswick. These treaties were essentially “adhesions” by different Mi’kmaq communities to identical terms because, as stated, it was contemplated that they would be consolidated in a more comprehensive and all-inclusive document at a later date, which never happened. The trial judge considered that the key negotiations took place not with the Mi’kmaq people directly, but with the St. John River Indians, part of the Maliseet First Nation, and the Passamaquody First Nation, who lived in present-day New Brunswick.

The trial judge found as a fact, at para. 108, that the relevant Mi’kmaq treaty did “make peace upon the same conditions” (emphasis added) as the Maliseet and Passamaquody. Meetings took place between the Crown and the Maliseet and the Passamaquody on February 11, 1760, twelve days before these bands signed their treaty with the British and eighteen days prior to the meeting between the Governor and the Mi’kmaq representatives, Paul Laurent of LaHave and Michel Augus-

le trésor impérial à Londres, comme a conclu le juge du procès. Pour éviter un tel résultat, il est devenu nécessaire de protéger l’économie mi’kmaq traditionnelle, y compris leurs activités de la chasse, de cueillette et de pêche. Une politique comparable a été appliquée plus tard sur la côte ouest, à propos de laquelle le juge Dickson a fait le commentaire suivant dans *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294, à la p. 311:

Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

La même stratégie d’auto-suffisance économique des Autochtones a été appliquée dans les Prairies en ce qui a trait à la chasse: voir *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, le juge Wilson, à la p. 919, et le juge Cory, à la p. 928.

Le juge du procès a conclu que, en 1760, la Couronne britannique avait entamé des négociations avec diverses communautés autochtones habitant le territoire qui constitue maintenant la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Ces traités constataient essentiellement l’«adhésion» de diverses communautés mi’kmaq à des conditions identiques parce que, comme il a été mentionné plus tôt, on envisageait de consolider ces traités en un document plus exhaustif et plus global à une date ultérieure, ce qui n’est jamais arrivé. Le juge du procès a considéré que les négociations les plus importantes n’avaient pas eu lieu directement avec les Mi’kmaq, mais avec les Indiens de la rivière Saint-Jean, une partie de la Première nation de Maliseet, et avec les Passamaquody, premières nations qui habitaient le territoire qui est aujourd’hui le Nouveau-Brunswick.

Le juge du procès, au par. 108 de ses motifs, a tiré la conclusion de fait que le traité mi’kmaq pertinent avait effectivement [TRADUCTION] «scellé la paix aux mêmes conditions» (je souligne) que celles convenues avec les Maliseet et les Passamaquody. Des rencontres ont eu lieu entre la Couronne et les Maliseet et les Passamaquody le 11 février 1760, soit douze jours avant que ces bandes ne signent leur traité avec les Britanniques et dix-huit jours avant la rencontre entre le gouver-

26

27

tine of the Richibucto region, where the terms of the Maliseet and Passamaquody treaties were “communicated” and accepted.

28 The trial judge found (at para. 101) that on February 29, 1760, at a meeting between the Governor in Council and the Mi’kmaq chiefs, the following exchange occurred:

His Excellency then Ordered the Several Articles of the Treaty made with the Indians of St. John’s River and Passamaquody to be Communicated to the said Paul Laurent and Michel Augustine who expressed their satisfaction therewith, and declar’d that all the Tribe of Mickmacks would be glad to make peace upon the same Conditions. [Emphasis added.]

Governor Lawrence afterwards confirmed, in his May 11, 1760 report to the Board of Trade, that he had treated with the Mi’kmaq Indians on “the same terms”.

29 The genesis of the Mi’kmaq trade clause is therefore found in the Governor’s earlier negotiations with the Maliseet and Passamaquody First Nations. In that regard, the appellant places great reliance on a meeting between the Governor and their chiefs on February 11, 1760 for the purpose of reviewing various aspects of the proposed treaty. The following exchange is recorded in contemporaneous minutes of the meeting prepared by the British Governor’s Secretary:

His Excellency then demanded of them, Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this time. To which they replied that their Tribes had not directed them to propose any thing further than that there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry, and that it might, at present, be at Fort Frederick.

Upon which His Excellency acquainted them that in case of their now executing a Treaty in the manner proposed, and its being ratified at the next General Meeting of their Tribes the next Spring, a Truckhouse should be established at Fort Frederick, agreeable to their desire, and likewise at other Places if it should be found neces-

neur et les représentants mi’kmaq, Paul Laurent, de LaHave, et Michel Augustine, de la région Richibucto, au cours de laquelle les conditions des traités conclus avec les Maliseet et les Passamaquody ont été «communiquées» et acceptées.

Le juge du procès a conclu (au par. 101) que l’échange suivant avait eu lieu le 29 février 1760, à l’occasion d’une rencontre entre le gouverneur en conseil et les chefs mi’kmaq:

[TRADUCTION] Son Excellence a alors ordonné que plusieurs articles du traité conclu avec les Indiens de la rivière Saint-Jean et avec les Passamaquody soient communiqués aux dénommés Paul Laurent et Michel Augustine, qui s’en sont déclarés satisfaits et ont déclaré que toute la tribu des Mickmacks serait heureuse de sceller la paix aux mêmes conditions. [Italiques et soulignements ajoutés.]

Le gouverneur Lawrence a par la suite confirmé, dans son rapport du 11 mai 1760 au *Board of Trade* (ministère du Commerce), qu’il avait fait un traité avec les Mi’kmaq aux «mêmes conditions».

La clause relative au commerce des Mi’kmaq tire donc son origine des négociations antérieures du gouverneur avec les Premières nations Maliseet et Passamaquody. À cet égard, l’appelant accorde une grande importance à une rencontre qui a eu lieu entre le gouverneur et les chefs de ces Premières nations le 11 février 1760 aux fins d’examiner divers aspects du traité proposé. L’échange suivant est consigné au procès-verbal de cette rencontre, qui a été préparé à l’époque par le secrétaire du gouverneur britannique:

[TRADUCTION] Son Excellence leur a ensuite demandé s’ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment. Ce à quoi ils ont répondu que leurs tribus ne les avaient pas mandatés pour proposer autre chose que l’établissement d’une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries, ce poste pouvant, dans l’immédiat, être situé à Fort Frederick.

Son Excellence les a assurés que s’ils signaient maintenant un traité en la manière proposée et s’ils en obtenaient la ratification à la prochaine assemblée générale de leurs tribus au printemps suivant, une maison de troc serait établie à Fort Frederick, selon leur souhait, ainsi qu’à d’autres endroits, si cela était jugé nécessaire pour

sary, for furnishing them with such Commodities as shall be necessary for them, in Exchange for their Peltry & and that great care should be taken, that the Commerce at the said Truckhouses should be managed by Persons on whose Justice and good Treatment, they might always depend; and that it would be expected that the said Tribes should not Traffic or Barter and Exchange any Commodities at any other Place, nor with any other Persons. Of all which the Chiefs expressed their entire Approbation. [Emphasis added.]

It is true, as my colleague points out at para. 97, that the British made it clear from the outset that the Mi'kmaq were not to have any commerce with "any of His Majesty's Enemies". A Treaty of Peace and Friendship could not be otherwise. The subject of trading with the British government as distinguished from British settlers, however, did not arise until after the Indians had first requested truckhouses. The limitation to government trade came as a response to the request for truckhouses, not the other way around.

At a meeting of the Governor's Council on February 16, 1760 (less than a week later), the Council and the representatives of the Indians proceeded to settle the prices of various articles of merchandise including beaver, marten, otter, mink, fox, moose, deer, ermine and bird feathers, etc. Prices of "necessaries" for purchase at the truckhouse were also agreed, e.g., one pound of spring beaver could purchase 30 pounds of flour or 14 pounds of pork. The British took a liberal view of "necessaries". Two gallons of rum cost one pound of spring beaver pelts. The oral agreement on a price list was reflected in an Order in Council dated February 23, 1760, which provided "[t]hat the Prizes of all other kinds of Merchandize not mention'd herein be Regulated according to the Rates of the Foregoing articles". At trial the Crown expert and the defence experts agreed that fish could be among the items that the Mi'kmaq would trade.

leur fournir les biens dont ils pourraient avoir besoin, en échange de leurs pelleteries, et qu'il serait fait en sorte que le commerce aux maisons de troc relève de personnes dont ils puissent toujours attendre un traitement juste et équitable; en outre, lesdites tribus devraient s'abstenir de trafiquer, de troquer ou d'échanger quelque marchandise que ce soit à tout autre endroit ou avec toute autre personne. Ce à quoi les chefs ont donné leur assentiment sans réserve. [Je souligne.]

Il est vrai, comme le souligne ma collègue au par. 97, que les Britanniques ont clairement indiqué dès le départ que les Mi'kmaq devaient s'abstenir de commercer avec les [TRADUCTION] «ennemis de Sa Majesté». Il ne saurait en être autrement dans le cadre d'un traité de paix et d'amitié. Toutefois, la question du commerce avec le gouvernement britannique, par opposition au commerce avec les colons britanniques, ne s'est soulevée qu'après que les Indiens aient demandé pour la première fois l'établissement de maisons de troc. La limitation du commerce aux échanges avec le gouvernement a résulté de la demande d'établissement de maisons de troc, ce n'est pas l'inverse qui s'est produit.

À la réunion du Conseil du gouverneur le 16 février 1760 (moins d'une semaine plus tard), le Conseil et les représentants des Indiens ont fixé les prix de divers articles, notamment le castor, la martre, la loutre, le vison, le renard, l'original, le cerf, la belette et les plumes d'oiseau. Les prix des «biens nécessaires» disponibles à la maison de troc ont également été convenus, par exemple, une livre de peaux de castor gras permettait d'acheter 30 livres de farine ou 14 livres de porc. Les Britanniques interprétaient de façon libérale la notion de «biens nécessaires». Deux gallons de rhum coûtaient une livre de peaux de castor gras. L'entente verbale établissant une liste de prix s'est reflétée dans un décret daté du 23 février 1760, qui précisait [TRADUCTION] «[q]ue les prix de tout autre type de marchandises non mentionnées dans le présent décret sont fixés selon les taux prévus pour les articles précédemment». Au procès, l'expert du ministère public et les experts de la défense ont convenu que le poisson a pu faire partie des articles dont les Mi'kmaq faisaient le commerce.

30

31

32 In furtherance of this trade arrangement, the British established six truckhouses following the signing of the treaties in 1760 and 1761, including Chignecto, Lunenburg, St. John, Windsor, Annapolis and “the Eastern Battery” along the coast from Halifax. The existence of advantageous terms at the truckhouses was part of an imperial peace strategy. As Governor Lawrence wrote to the Board of Trade on May 11, 1760, “the greatest advantage from this [trade] Article . . . is the friendship of these Indians”. The British were concerned that matters might again become “troublesome” if the Mi’kmaq were subjected to the “pernicious practices” of “unscrupulous traders”. The cost to the public purse of Nova Scotia of supporting Mi’kmaq trade was an investment in peace and the promotion of ongoing colonial settlement. The strategy would be effective only if the Mi’kmaq had access *both* to trade *and* to the fish and wildlife resources necessary to provide them with something to trade.

33 Accordingly, on March 21, 1760, the Nova Scotia House of Assembly passed *An Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, c. 11. In July 1761, however, the “Lords of Trade and Plantation” (the Board of Trade) in London objected and the King disallowed the Act as a restraint on trade that disadvantaged British merchants. This coincided with exposure of venality by the local truckhouse merchants. As Dr. Patterson testified:

. . . the first Indian commissary, Halifax merchant, Benjamin Garrish, managed the system so that it was the Government which lost money while he profited usuriously.

34 By 1762, Garrish was removed and the number of truckhouses was reduced to three. By 1764, the system itself was replaced by the impartial licensing of private traders approved by the London

Pour l’application de cet arrangement commercial, les Britanniques ont établi six maisons de troc après la signature des traités de 1760 et de 1761, soit à Chignecto, Lunenburg, St. John, Windsor, Annapolis et à l’«*Eastern Battery*», le long de la côte non loin d’Halifax. L’offre de conditions avantageuses aux maisons de troc faisait partie d’une stratégie de paix impériale. Comme l’a écrit le gouverneur Lawrence au *Board of Trade* le 11 mai 1760, [TRADUCTION] «Le bénéfice le plus important de cette clause [commerciale] [. . .] est l’amitié de ces Indiens». Les Britanniques craignaient que «des problèmes» puissent resurgir si les Mi’kmaq étaient victimes des [TRADUCTION] «pratiques pernicieuses» de «commerçants sans scrupules». Les coûts assumés par le trésor public de la Nouvelle-Écosse pour soutenir le commerce avec les Mi’kmaq constituaient un investissement dans la paix et dans la promotion de l’établissement continu de colonies de l’empire. La stratégie ne pouvait être efficace que si les Mi’kmaq pouvaient *à la fois* commercer *et* avoir accès aux ressources fauniques et halieutiques nécessaires pour leur procurer des biens à échanger.

En conséquence, le 21 mars 1760, la Chambre d’assemblée de la Nouvelle-Écosse a adopté *An Act to prevent any private Trade or Commerce with the Indians*, 34 Geo. II, ch. 11. En juillet 1761, toutefois, les «*Lords of Trade and Plantation*» (Lords du commerce et des plantations) (le *Board of Trade*) à Londres se sont opposés et le Roi a désavoué la loi parce qu’elle constituait une restriction au commerce qui désavantageait les marchands britanniques. Cela a coïncidé avec la mise à jour du comportement vénal des exploitants des maisons de troc locales. Selon le témoignage du Dr Patterson:

[TRADUCTION] . . . le premier commissaire aux affaires indiennes, le marchand d’Halifax, Benjamin Garrish, a géré le système de telle manière que le gouvernement perdait de l’argent pendant que lui en tirait des profits usuraires.

En 1762, Garrish a été démis de ses fonctions et le nombre de maisons de troc a été réduit à trois. En 1764, le système lui-même a été remplacé par un régime impartial de délivrance de permis à des

Board of Trade's "Plan for the Future Management of Indian Affairs", but that eventually died out as well, as mentioned earlier.

In my view, all of this evidence, reflected in the trial judgment, demonstrates the inadequacy and incompleteness of the written memorial of the treaty terms by selectively isolating the restrictive trade covenant. Indeed, the truckhouse system offered such advantageous terms that it hardly seems likely that Mi'kmaq traders had to be compelled to buy at lower prices and sell at higher prices. At a later date, they objected when truckhouses were abandoned. The trade clause would not have advanced British objectives (peaceful relations with a self-sufficient Mi'kmaq people) or Mi'kmaq objectives (access to the European "necessaries" on which they had come to rely) unless the Mi'kmaq were assured at the same time of continuing access, implicitly or explicitly, to wildlife to trade. This was confirmed by the expert historian called by the Crown, as set out below.

(ii) *The Expert Evidence*

The courts have attracted a certain amount of criticism from professional historians for what these historians see as an occasional tendency on the part of judges to assemble a "cut and paste" version of history: G. M. Dickinson and R. D. Gidney, "History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation", *Canadian Historical Review*, LXVIII (1987), 576; D. J. Bourgeois, "The Role of the Historian in the Litigation Process", *Canadian Historical Review*, LXVII (1986), 195; R. Fisher, "Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*", *B.C. Studies*, XCV (1992), 43; A. J. Ray, "Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court", *Native Studies Review*, VI (1990), 13.

commerçants privés approuvé par le *Board of Trade* de Londres dans son «*Plan for the Future Management of Indian Affairs*». Toutefois, comme il a été mentionné précédemment, ce régime a lui aussi été abandonné.

Je suis d'avis que, en isolant de façon sélective la clause commerciale restrictive, tous ces éléments de preuve, qui se reflètent dans le jugement de première instance, démontrent le caractère insuffisant et incomplet du texte constatant les conditions du traité. De fait, le système des maisons de troc offrait des conditions si avantageuses qu'il semble très peu probable que l'on ait eu à contraindre les commerçants mi'kmaq d'acheter à bas prix et de vendre à des prix plus élevés. D'ailleurs, ils se sont opposés par la suite à l'abandon des maisons de troc. La clause relative au commerce n'aurait pas favorisé les objectifs des Britanniques (des relations harmonieuses avec un peuple mi'kmaq auto-suffisant) ni ceux des Mi'kmaq (l'accès aux «biens nécessaires» européens, sur lesquels ils étaient venus à compter) si les Mi'kmaq n'avaient pas été assurés, implicitement ou explicitement, d'avoir un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce. Cela a été confirmé par l'historien que le ministère public a fait entendre à titre de témoin-expert, comme il est indiqué ci-après.

(ii) *La preuve d'expert*

Les tribunaux ont fait l'objet de certaines critiques par des historiens professionnels qui leur reprochent une tendance occasionnelle à assembler une version de l'histoire de type «coupé-collé»: G. M. Dickinson et R. D. Gidney, «History and Advocacy: Some Reflections on the Historian's Role in Litigation», *Canadian Historical Review*, LXVIII (1987), 576; D. J. Bourgeois, «The Role of the Historian in the Litigation Process», *Canadian Historical Review*, LXVII (1986), 195; R. Fisher, «Judging History: Reflections on the Reasons for Judgment in *Delgamuukw v. B.C.*», *B.C. Studies*, XCV (1992), 43; A. J. Ray, «Creating the Image of the Savage in Defence of the Crown: The Ethnohistorian in Court», *Native Studies Review*, VI (1990), 13.

35

36



37

While the tone of some of this criticism strikes the non-professional historian as intemperate, the basic objection, as I understand it, is that the judicial selection of facts and quotations is not always up to the standard demanded of the professional historian, which is said to be more nuanced. Experts, it is argued, are trained to read the various historical records together with the benefit of a protracted study of the period, and an appreciation of the frailties of the various sources. The law sees a finality of interpretation of historical events where finality, according to the professional historian, is not possible. The reality, of course, is that the courts are handed disputes that require for their resolution the finding of certain historical facts. The litigating parties cannot await the possibility of a stable academic consensus. The judicial process must do as best it can. In this particular case, however, there was an unusual level of agreement amongst all of the professional historians who testified about the underlying expectations of the participants regarding the treaty obligations entered into by the Crown with the Mi'kmaq. I set out, in particular, the evidence of the Crown's expert, Dr. Stephen Patterson, who spent many days of testimony reviewing the minutiae of the historical record. While he generally supported the Crown's narrow approach to the interpretation of the Treaty, which I have rejected on points of law, he did make a number of important concessions to the defence in a relatively lengthy and reflective statement which should be set out in full:

Q. I guess it's fair to say that the British would have understood that the Micmac lived and survived by hunting and fishing and gathering activities.

A. Yes, of course.

Q. And that in this time period, 1760 and '61, fish would be amongst the items they would have to trade. And they would have the right under this treaty to bring fish and feathers and furs into a truckhouse in exchange for commodities that were available.

Bien que le ton de certaines de ces critiques paraisse immodérées aux yeux de l'historien non professionnel, la critique fondamentale, si je comprends bien, est que le choix des faits et des citations de la part des juges ne respecte pas toujours la norme exigée de l'historien professionnel, que l'ont dit plus nuancée. Les experts, prétend-on, sont formés pour interpréter les divers documents historiques avec l'avantage d'une étude approfondie de l'époque et d'une appréciation des lacunes des diverses sources. Le droit donne à l'interprétation des événements historiques un caractère définitif, alors que, selon l'historien professionnel, cela n'est pas possible. Évidemment, la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs. Le processus judiciaire doit faire de son mieux. Dans la présente affaire, toutefois, il existait un degré d'accord inhabituel entre tous les historiens professionnels qui ont témoigné à propos des attentes sous-jacentes des participants relativement aux obligations issues du traité conclu par la Couronne avec les Mi'kmaq. Je réfère notamment à la déposition de l'expert du ministère public, le Dr Stephen Patterson, qui a consacré plusieurs jours de témoignage à examiner par le détail les documents historiques. Quoiqu'il ait de façon générale appuyé l'approche étroite que préconisait la Couronne à l'égard de l'interprétation du traité et que j'ai rejetée sur le fondement de points de droit, il a néanmoins fait un certain nombre de concessions importantes à la défense dans un exposé réfléchi et relativement long, qu'il convient de reproduire en entier:

[TRADUCTION]

Q. Je suppose qu'il est exact de dire que les Britanniques avaient compris que les Micmacs vivaient de la chasse, de la pêche et de la cueillette.

R. Oui, évidemment.

Q. Et qu'à cette époque, en 1760 et en 1761, le poisson faisait partie des articles qu'ils échangeaient. Et qu'ils auraient le droit, en vertu de ce traité, d'apporter du poisson, des plumes et des fourrures à une maison de troc pour les y échanger contre les produits disponibles.

A. Well, it's not mentioned but it's not excluded. So I think it's fair to assume that it was permissible.

Q. Okay. It's fair to say that it's an assumption on which the trade truckhouse clause is based.

A. That the truckhouse clause is based on the assumption that natives will have a variety of things to trade, some of which are mentioned and some not. Yes, I think that's fair.

Q. Yes. And wouldn't be out of line to call that a right to fish and a right to bring the fish or furs or feathers or fowl or venison or whatever they might have, into the truckhouses to trade.

A. Ah, a right. I think the implication here is that there is a right to trade under a certain form of regulation —

Q. Yes.

A. — that's laid down. And if you're saying right to fish, I've assumed that in recognizing the Micmac by treaty, the British were recognizing them as the people they were. They understood how they lived and that that meant that those people had a right to live in Nova Scotia in their traditional ways. And, to me, that implies that the British were accepting that the Micmac would continue to be a hunting and gathering people, that they would fish, that they would hunt to support themselves. I don't see any problem with that.

It seems to me that that's implicit in the thing. Even though it doesn't say it, and I know that there seems to, in the 20th century, be some reluctance to see the value of the 1760 and 1761 treaties because they're not so explicit on these matters, but I personally don't see the hang-up. Because it strikes me that there is a recognition that the Micmac are a people and they have the right to exist. And that has — carries certain implications with it.

More than this, the very fact that there is a truckhouse and that the truckhouse does list some of the things that natives are expected to trade, implies that the British are condoning or recognizing that this is the way that natives live. They do live by hunting and, therefore, this is the produce of their hunting. They have the right to trade it.

Q. And you have, in fact, said that in your May 17th, 1994 draft article.

R. Bien, ce n'est pas mentionné, mais ce n'est pas exclu. Par conséquent, j'estime qu'il est juste de supposer que c'était permis.

Q. D'accord. Il est juste de dire que c'est une hypothèse sur laquelle la clause relative aux maisons de troc est fondée.

R. Que la clause relative aux maisons de troc est fondée sur l'hypothèse que les Autochtones auront diverses choses à échanger, certaines étant mentionnées et d'autres non. Oui, je pense que c'est juste.

Q. Oui. Et il ne serait pas exagéré d'appeler cela un droit de pêche et un droit d'apporter le poisson, les fourrures ou les plumes, le gibier à plume ou la venaison ou toute autre chose qu'ils pouvaient avoir aux maisons de troc pour les échanger.

R. Ah, un droit. Je pense qu'en l'espèce cela implique l'existence d'un droit de commercer assujetti à une certaine forme de réglementation —

Q. Oui.

R. — qui est fixée. Et si vous parlez de droit de pêche, j'ai tenu pour acquis que, en reconnaissant les Micmacs par traité, les Britanniques les reconnaissaient comme les gens qu'ils étaient. Ils comprenaient comment ils vivaient et le fait que cela voulait dire que ces gens avaient le droit de vivre en Nouvelle-Écosse selon leur mode de vie traditionnel. Et, à mon avis, cela implique que les Britanniques acceptaient le fait que les Micmacs continueraient d'être un peuple de chasseurs et de cueilleurs, et qu'ils pêcheraient et chasseraient pour subvenir à leurs besoins. Je ne vois aucun problème à cela.

Il me semble que c'est implicite dans la chose. Même si cela n'est pas précisé, et je sais que, au 20<sup>e</sup> siècle, il semble y avoir certaines réticences à reconnaître la valeur des traités de 1760 et 1761 parce qu'ils ne sont pas très explicites sur ces questions, mais personnellement je ne comprends pas cette inhibition. Car je constate qu'on reconnaît que les Micmacs sont un peuple et qu'ils ont le droit d'exister. Et cela a — emporte certaines implications.

En outre, le fait même qu'il y ait une maison de troc et qu'on y énumère certaines des choses que l'on s'attend à ce que les Autochtones échangent implique que les Britanniques reconnaissent que c'est ainsi que vivent les Autochtones. Ils vivent de la chasse, et, par conséquent, c'est le produit de leur chasse. Ils ont le droit de l'échanger.

Q. Et c'est en fait ce que vous avez dit dans votre projet d'article du 17 mai 1994.

A. That's correct.

Q. Yeah. And you testified to that effect in the *Pelletier* case, as well.

A. Well, my understanding of this issue, Mr. Wildsmith, has developed and grown with my close reading of the material. It's the position that I come to accept as being a reasonable interpretation of what is here in these documents. [Emphasis added.]

R. C'est exact.

Q. Oui. Et vous avez témoigné en ce sens dans l'affaire *Pelletier* également.

R. Bien, ma compréhension de cette question, M. Wildsmith, s'est développée et s'est accrue au fil de mon examen attentif des documents. C'est la position que je considère comme étant une interprétation raisonnable du contenu de ces documents. [Italiques et soulignements ajoutés.]

38

The trial judge gave effect to this evidence in finding a *right* to bring fish to the truckhouse to trade, but he declined to find a treaty right to fish and hunt to obtain the wherewithal to trade, and concluded that the right to trade expired along with the truckhouses and subsequent special arrangements. The Court of Appeal concluded, at p. 207, that Dr. Patterson used the word "right" interchangeably with the word "permissible", and that the trade clause gave rise to no "rights" at all. I think the view taken by the courts below rather underestimates Dr. Patterson. No reason is given for doubting that Dr. Patterson meant what he said about the common understanding of the parties that he considered at least implicit in this particular treaty arrangement. He initially uses the words "permissible" and "assumption", but when asked specifically by counsel about a "right" to fish and to trade fish, he says, "Ah, a *right*" (emphasis added), then, weighing his words carefully, he addresses a "right to fish" and concludes that "by treaty" the British did recognize that the Mi'kmaq "had a right to live in Nova Scotia in their traditional ways" (emphasis added) which included hunting and fishing and trading their catch for necessities. (Trading was traditional. The trial judge found, at para. 93, that the Mi'kmaq had already been trading with Europeans, including French and Portuguese fishermen, for about 250 years prior to the making of this treaty.) Dr. Patterson said his opinion was based on the historic documents produced in evidence. He said that this was "the position that I come to accept as being a reasonable interpretation of what is here in these documents" (emphasis added). Dr. Patterson went on to emphasize that the understanding of the

Le juge du procès a tenu compte de ce témoignage en ce qu'il a conclu à l'existence d'un *droit* d'apporter du poisson aux maisons de troc pour en faire le commerce, mais il a refusé de conclure à l'existence d'un droit — issu de traité — de pêcher et de chasser pour obtenir les biens à échanger, et il a conclu que le droit de commercer avait cessé d'exister en même temps que les maisons de troc et les mesures spéciales qui ont suivi. La Cour d'appel a conclu, à la p. 207, que le D<sup>r</sup> Patterson avait utilisé le mot «droit» et le mot «permis» de façon interchangeable, et que la clause relative au commerce ne donnait naissance à aucun «droit» que ce soit. Je pense que la position adoptée par les juridictions inférieures sous-estime le D<sup>r</sup> Patterson. On ne donne aucune raison justifiant le fait de douter que le D<sup>r</sup> Patterson pensait ce qu'il disait au sujet de la compréhension commune des parties, qu'il a considéré à tout le moins implicite dans ce traité en particulier. Il utilise d'abord les mots «permis» et «hypothèse», mais, lorsqu'il est interrogé de façon précise par l'avocat au sujet d'un «droit» de pêcher et de faire le commerce du poisson, il dit, «Ah, un *droit*» (italiques ajoutés), et, ensuite, pesant ses mots avec soin, il mentionne un «droit de pêche» et conclut que, «par traité», les Britanniques ont reconnu que les Mi'kmaq «avaient le droit de vivre en Nouvelle-Écosse selon leur mode de vie traditionnel» (je souligne), qui incluait la chasse, la pêche ainsi que l'échange du produit de ces activités pour se procurer des biens nécessaires. (Le commerce était une activité traditionnelle. Le juge du procès a conclu, au par. 93, que les Mi'kmaq faisaient déjà du commerce avec les Européens, notamment avec les pêcheurs français et portugais, environ 250 ans avant la conclusion de ce traité.) Le D<sup>r</sup> Patterson a dit que son opinion était fondée sur les documents

Mi'kmaq would have been that these treaty rights were subject to regulation, which I accept.

Dr. Patterson's evidence regarding the assumptions underlying and "implicit" in the treaty were generally agreed with by the defence experts, Dr. John Reid and Dr. William Wicken. While the trial judge was not bound to accept the whole or any particular part of Dr. Patterson's evidence, even if supported by the other experts, I do not think there was any basis in the evidence for the trial judge to find (at para. 129) that the appellant's claim, to the extent it tracked Dr. Patterson's evidence, was "not even among the 'various possible interpretations of the common intention'" of the parties when they entered into the 1760 Treaty. Lamer J. in *Sioui*, *supra*, at p. 1069, it will be recalled, said it was the Court's duty to search amongst such reasonable interpretations for the one that best accommodates the interests of the parties at the time the treaty was signed. The trial judge erred, I think, because he thought he was boxed in by the March 10, 1760 document.

In my view, the Nova Scotia judgments erred in concluding that the only enforceable treaty obligations were those set out in the written document of March 10, 1760, whether construed flexibly (as did the trial judge) or narrowly (as did the Nova Scotia Court of Appeal). The findings of fact made by the trial judge taken as a whole demonstrate that the concept of a disappearing treaty right does justice neither to the honour of the Crown nor to the reasonable expectations of the Mi'kmaq people. It is their common intention in 1760 – not just the terms of the March 10, 1760 document – to which effect must be given.

historiques déposés en preuve. Il a affirmé que c'était «la position qu'[il] consid[érait] comme étant une interprétation raisonnable du contenu de ces documents» (je souligne). Le D<sup>r</sup> Patterson a ensuite souligné que les Mi'kmaq comprenaient que ces droits issus du traité étaient réglementés, ce à quoi je souscris.

Le témoignage du D<sup>r</sup> Patterson au sujet des hypothèses sous-jacentes et «implicites» du traité a, de façon générale, été accepté par les experts de la défense, le D<sup>r</sup> John Reid et le D<sup>r</sup> William Wicken. Quoique le juge du procès ne fût pas tenu d'accepter en tout ou en partie le témoignage du D<sup>r</sup> Patterson, même s'il avait l'appui d'autres experts, je ne pense pas qu'il y avait quoi que ce soit dans la preuve qui justifiait le juge du procès de conclure (au par. 129) que la prétention de l'appelant, dans la mesure où elle était conforme au témoignage du D<sup>r</sup> Patterson, [TRADUCTION] «ne figurait même pas «parmi les interprétations possibles de l'intention commune»» des parties lorsqu'elles ont conclu le Traité de 1760. On se rappellera que, dans l'arrêt *Sioui*, précité, à la p. 1069, le juge Lamer a dit que notre Cour avait l'obligation de rechercher, parmi les interprétations raisonnables, celle qui conciliait le mieux les intérêts des parties à l'époque de la signature du traité. Le juge du procès a fait erreur, je pense, parce qu'il a cru être prisonnier du document du 10 mars 1760.

39

À mon avis, les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont fait erreur en concluant que les seules obligations issues du traité qui étaient exécutoires étaient celles énoncées dans le document du 10 mars 1760, interprété soit de façon souple (comme l'a fait le juge du procès) soit de façon étroite (comme l'a fait la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse). Considérées globalement, les conclusions de fait du juge du procès démontrent que l'idée qu'un droit issu d'un traité se serait éteint ne rend justice ni à l'honneur de la Couronne ni aux attentes raisonnables des Mi'kmaq. C'est à l'intention commune des parties en 1760 — et non seulement aux conditions du document du 10 mars 1760 — qu'il faut donner effet.

40

Ascertaining the Terms of the Treaty

41 Having concluded that the written text is incomplete, it is necessary to ascertain the treaty terms not only by reference to the fragmentary historical record, as interpreted by the expert historians, but also in light of the stated objectives of the British and Mi'kmaq in 1760 and the political and economic context in which those objectives were reconciled.

42 I mentioned earlier that the Nova Scotia Court of Appeal has held on several occasions that the "peace and friendship" treaties with the Mi'kmaq did not extinguish aboriginal hunting and fishing rights in Nova Scotia: *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460, *R. v. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36, *Denny*, *supra*. We are not here concerned with the exercise of such a right. The appellant asserts the right of Mi'kmaq people to catch fish and wildlife in support of trade as an alternative or supplementary method of obtaining necessities. The right to fish is not mentioned in the March 10, 1760 document, nor is it expressly noted elsewhere in the records of the negotiation put in evidence. This is not surprising. As Dickson J. mentioned with reference to the west coast in *Jack*, *supra*, at p. 311, in colonial times the perception of the fishery resource was one of "limitless proportions".

43 The law has long recognized that parties make assumptions when they enter into agreements about certain things that give their arrangements efficacy. Courts will imply a contractual term on the basis of presumed intentions of the parties where it is necessary to assure the efficacy of the contract, e.g., where it meets the "officious bystander test": *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 30. (See also: *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; and see generally: *Waddams*, *supra*, at para. 490; *Treitel*, *supra*, at pp. 190-94.) Here, if the ubiquitous officious bystander had said, "This talk about truckhouses is

La détermination des conditions du traité

Ayant conclu que le texte est incomplet, il est nécessaire de déterminer quelles sont les conditions du traité, non seulement à partir du dossier historique fragmentaire, tel que l'interprètent les experts historiens, mais aussi à la lumière des objectifs déclarés des Britanniques et des Mi'kmaq en 1760 et du contexte politique et économique dans lequel ces objectifs ont été conciliés.

J'ai mentionné précédemment que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait à plusieurs occasions statué que les traités «de paix et d'amitié» conclus avec les Mi'kmaq n'avaient pas éteint les droits ancestraux de chasse et de pêche en Nouvelle-Écosse: *R. c. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460, *R. c. Cope* (1981), 132 D.L.R. (3d) 36, *Denny*, précité. Il n'est pas question, en l'espèce, de l'exercice d'un tel droit. L'appellant invoque le droit des Mi'kmaq de prendre du poisson et des animaux sauvages à des fins commerciales en tant que méthode alternative ou complémentaire de se procurer des biens nécessaires. Le droit de pêcher n'est pas mentionné dans le document du 10 mars 1760, ni indiqué explicitement ailleurs dans les documents relatifs aux négociations qui ont été déposés en preuve. Cela n'est pas surprenant. Comme l'a mentionné le juge Dickson relativement à la situation sur la côte ouest dans l'arrêt *Jack*, précité, à la p. 311, au temps des colonies, le poisson était perçu comme une «ressource inépuisable».

Le droit reconnaît depuis longtemps que, lorsque des parties concluent une entente, elles présument certaines choses qui lui donnent plein effet. Les tribunaux tiennent pour avérée l'existence d'une condition contractuelle à la lumière de l'intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner plein effet au contrat, par exemple lorsque cela respecte le «critère de l'observateur objectif»: *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, au par. 30. (Voir également: *The «Moorcock»* (1889), 14 P.D. 64; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; et, sur un plan général, voir: *Waddams*, *op. cit.*, au par. 490; *Treitel*, *op. cit.*, aux

all very well, but if the Mi'kmaq are to make these promises, will they have the right to hunt and fish to catch something to trade at the truckhouses?", the answer would have to be, having regard to the honour of the Crown, "of course". If the law is prepared to supply the deficiencies of written contracts prepared by sophisticated parties and their legal advisors in order to produce a sensible result that accords with the intent of both parties, though unexpressed, the law cannot ask less of the honour and dignity of the Crown in its dealings with First Nations. The honour of the Crown was, in fact, specifically invoked by courts in the early 17th century to ensure that a Crown grant was effective to accomplish its intended purpose: *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025, at p. 67b and p. 1026, and *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555, at p. 56b and pp. 557-58.

An example of the Court's recognition of the necessity of supplying the deficiencies of aboriginal treaties is *Sioui*, *supra*, where Lamer J. considered a treaty document that stated simply (at p. 1031) that the Huron tribe "are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English". Lamer J. found that, in order to give real value and meaning to these words, it was necessary that a territorial component be supplied, as follows, at p. 1067:

The treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and their religion. No mention is made in the treaty itself of the territory over which these rights may be exercised. There is also no indication that the territory of what is now Jacques-Cartier park was contemplated. However, for a freedom to have real value and meaning, it must be possible to exercise it somewhere. [Emphasis added.]

Similarly, in *Sundown*, *supra*, the Court found that the express right to hunt included the implied right

pp. 190 à 194.) En l'espèce, si l'observateur objectif doué d'ubiquité avait dit, «Tous ces propos concernant les maisons de troc c'est très bien, mais si les Mi'kmaq doivent faire ces promesses, auront-ils le droit de chasser et de pêcher pour prendre quelque chose à échanger à ces maisons de troc?», compte tenu de l'honneur de la Couronne, il aurait fallu répondre: «évidemment». Si le droit est disposé à suppléer aux lacunes de contrats écrits — préparés par des parties bien informées et par leurs conseillers juridiques — afin d'en dégager un résultat sensé et conforme à l'intention des deux parties, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il ne saurait demander moins de l'honneur et de la dignité de la Couronne dans ses rapports avec les Premières nations. De fait, l'honneur de la Couronne a été invoquée de façon expresse par les tribunaux au début du 17<sup>e</sup> siècle pour faire en sorte qu'une concession de la Couronne atteigne le but qu'elle visait: *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025, à la p. 67b et la p. 1026, et *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555, à la p. 56b et les pp. 557 et 558.

Un exemple de la reconnaissance par notre Cour de la nécessité de suppléer aux lacunes des traités conclus par les Autochtones est l'arrêt *Sioui*, précité, où le juge Lamer a examiné le texte d'un traité qui indiquait seulement (à la p. 1031) que les Hurons [TRADUCTION] «sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais». Le juge Lamer a conclu que, pour donner à ces mots une valeur réelle et un sens, il était nécessaire d'y ajouter une composante territoriale, et il s'est exprimé ainsi, à la p. 1067:

Le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion. Aucune mention n'est faite dans le traité lui-même du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Rien n'y indique non plus que le territoire de ce qui constitue aujourd'hui le Parc de la Jacques-Cartier soit visé. Toutefois, pour qu'une liberté ait une valeur réelle et ait un sens, il faut pouvoir l'exercer quelque part. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Sundown*, précité, notre Cour a conclu que le droit explicite de chasser

to build shelters required to carry out the hunt. See also *Simon, supra*, where the Court recognized an implied right to carry a gun and ammunition on the way to exercise the right to hunt. These cases employed the concept of implied rights to support the meaningful exercise of express rights granted to the first nations in circumstances where no such implication might necessarily have been made absent the *sui generis* nature of the Crown's relationship to aboriginal people. While I do not believe that in ordinary commercial situations a right to trade implies any right of access to things to trade, I think the honour of the Crown requires nothing less in attempting to make sense of the result of these 1760 negotiations.

#### Rights of the Other Inhabitants

45

My colleague, McLachlin J., takes the view that, subject to the negative restriction in the treaty, the Mi'kmaq possessed only the liberty to hunt, fish, gather and trade "enjoyed by other British subjects in the region" (para. 103). The Mi'kmaq were, in effect, "citizens minus" with no greater liberties but with greater restrictions. I accept that in terms of the *content* of the hunting, fishing and gathering activities, this may be true. There is of course a distinction to be made between a liberty enjoyed by all citizens and a right conferred by a specific legal authority, such as a treaty, to participate in the same activity. Even if this distinction is ignored, it is still true that a general right enjoyed by all citizens can nevertheless be made the subject of an enforceable treaty promise. In *Taylor and Williams, supra*, at p. 235, the treaty was found to include a term that "[t]he Rivers are open to all & you have an equal right to fish & hunt on them", and yet, despite the reference to equal rather than preferential rights, "the historic right of these Indians to hunt and fish" was found to be incorpo-

comportait le droit implicite de construire les abris requis pour pouvoir chasser. Voir également *Simon, précité*, où notre Cour a reconnu le droit implicite de porter une arme et des munitions dans l'exercice du droit de chasser. Dans ces arrêts, la notion de droits implicites a été utilisée pour appuyer l'exercice concret des droits explicites conférés aux Premières nations dans des cas où une telle inférence n'aurait pas nécessairement été faite n'eût été la nature *sui generis* des rapports de la Couronne avec les Autochtones. Bien que je ne croie pas que, dans les situations commerciales ordinaires, un droit de commercer emporte un droit d'accès aux biens faisant l'objet du commerce, j'estime que l'honneur de la Couronne n'exige rien de moins en vue de donner un sens au résultat des négociations de 1760.

#### Les droits des autres habitants

Ma collègue le juge McLachlin adopte le point de vue que, sous réserve de la restriction figurant au traité, les Mi'kmaq possédaient uniquement la liberté de chasser, de pêcher, de faire de la cueillette et de commercer «dont jouissaient les autres sujets britanniques de la région» (par. 103). Les Mi'kmaq étaient dans les faits «des citoyens de deuxième ordre», qui ne jouissaient pas de libertés plus grandes, mais étaient assujettis à davantage de restrictions. J'accepte que, pour ce qui est du *contenu* des activités de chasse, de pêche et de cueillette, cela puisse être vrai. Il faut évidemment faire une distinction entre une liberté dont jouissent tous les citoyens et un droit de participer à la même activité qui est conféré par un texte juridique particulier, tel un traité. Même si on ne tient pas compte de cette distinction, il demeure vrai qu'un droit général dont jouissent tous les citoyens peut néanmoins faire l'objet d'une promesse exécutoire dans le cadre d'un traité. Dans l'arrêt *Taylor and Williams, précité*, à la p. 235, il a été jugé que le traité était assorti d'une condition portant que [TRADUCTION] «[L]es rivières sont accessibles à tous, et vous avez un droit égal d'y pêcher et d'y chasser», et pourtant, malgré que l'on ait mentionné qu'il était question de droits égaux plutôt que de droit préférentiels, il a été jugé que «le droit historique de ces

rated in the treaty, *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 236.

Similarly, in *Sioui*, at p. 1031, as mentioned above, the treaty provided that the Hurons would be “received upon the *same terms* with the Canadians” (emphasis added), yet their religious freedom, which in terms of content was no greater than that of the non-aboriginal inhabitants in 1760, was in 1990 accorded treaty protection.

The Crown objects strongly to any suggestion that the treaty conferred “*preferential* trading rights”. I do not think the appellant needs to show *preferential* trading rights. He only has to show *treaty* trading rights. The settlers and the military undoubtedly hunted and fished for sport or necessities as well, and traded goods with each other. The issue here is not so much the content of the rights or liberties as the level of legal protection thrown around them. A treaty could, to take a fanciful example, provide for a right of the Mi’kmaq to promenade down Barrington Street, Halifax, on each anniversary of the treaty. Barrington Street is a common thoroughfare enjoyed by all. There would be nothing “special” about the Mi’kmaq use of a common right of way. The point is that the treaty rights-holder not only has the *right* or liberty “enjoyed by other British subjects” but may enjoy special treaty *protection* against interference with its exercise. So it is with the trading arrangement. On June 25, 1761, following the signing of the Treaties of 1760-61 by the last group of Mi’kmaq villages, a ceremony was held at the farm of Lieutenant Governor Jonathan Belcher, the first Chief Justice of Nova Scotia, who was acting in the place of Governor Charles Lawrence, who had recently been drowned on his way to Boston.

Indiens de chasser et de pêcher» était incorporé au traité (le juge en chef adjoint MacKinnon, à la p. 236).

De même, comme il a été indiqué précédemment, le traité en cause dans *Sioui*, à la p. 1031, précisait que les Hurons seraient «reçus aux *mêmes conditions* que les Canadiens» (italiques ajoutés), et pourtant cela n’a pas empêché que leur liberté de religion qui, du point de vue du contenu, n’était pas plus large que celle des non-autochtones en 1760, s’est vu reconnaître en 1990 la protection qu’accorde un traité.

Le ministère public s’oppose énergiquement à toute suggestion voulant que le traité ait conféré «des droits commerciaux *préférentiels*». Je ne pense pas que l’appelant ait besoin d’établir l’existence de droits commerciaux *préférentiels*. Il n’a qu’à démontrer l’existence de droits commerciaux *issus de traités*. Il ne fait aucun doute que les colons et les militaires chassaient et pêchaient pour le sport ainsi que pour se procurer des biens nécessaires, et qu’ils faisaient le commerce de biens entre eux. La question en litige en l’espèce n’est pas tant le contenu des droits ou des libertés que le degré de protection que leur accorde la loi. Pour prendre un exemple un peu fantaisiste, un traité pourrait accorder aux Mi’kmaq le droit de se promener dans la rue Barrington, à Halifax, à chaque anniversaire du traité. La rue Barrington est une artère connue qui est fréquentée par tous. Il n’y aurait rien de «spécial» dans l’utilisation par les Mi’kmaq d’un droit de passage public. Le point est que le titulaire de droits issus d’un traité a non seulement le *droit* ou la *liberté* «dont jouiss[ent] les autres sujets britanniques», mais il peut jouir de la *protection* spéciale qu’accorde le traité contre toute atteinte à l’exercice du droit ou de la liberté en question. Il en va de même pour l’arrangement commercial. Le 25 juin 1761, après la signature des traités de 1760 et de 1761 par le dernier groupe de villages mi’kmaq, une cérémonie a eu lieu à la ferme du lieutenant gouverneur Jonathan Belcher, qui fut le premier juge en chef de la Nouvelle-Ecosse et qui remplaçait alors à titre intérimaire le gouverneur Charles Lawrence, qui s’était noyé peu de temps auparavant en se rendant à Boston.

46

47



In reference to the treaties, including the trade clause, Lieutenant Governor Belcher proclaimed:

The Laws will be like a great Hedge about your Rights and properties, if any break this Hedge to hurt and injure you, the heavy weight of the Laws will fall upon them and punish their Disobedience.

48

Until enactment of the *Constitution Act, 1982*, the treaty rights of aboriginal peoples could be overridden by competent legislation as easily as could the rights and liberties of other inhabitants. The hedge offered no special protection, as the aboriginal people learned in earlier hunting cases such as *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267. On April 17, 1982, however, this particular type of “hedge” was converted by s. 35(1) into sterner stuff that could only be broken down when justified according to the test laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1112 *et seq.*, as adapted to apply to treaties in *Badger, supra, per Cory J.*, at paras. 75 *et seq.* See also *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (Ont. C.A.). The fact the *content* of Mi’kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher *protection* they presently offer to the Mi’kmaq people.

#### The Honour of the Crown

49

This appeal puts to the test the principle, emphasized by this Court on several occasions, that the honour of the Crown is always at stake in its dealings with aboriginal people. This is one of the principles of interpretation set forth in *Badger, supra*, by Cory J., at para. 41:

... the honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon

Relativement aux traités, y compris la clause relative au commerce, le lieutenant gouverneur Belcher a proclamé que:

[TRADUCTION] Les lois formeront comme une grande haie autour de vos droits et de vos biens; si quelqu’un brise cette haie pour vous causer du tort, le poids écrasant des lois s’abattrà sur cette personne et la punira de sa désobéissance.

Jusqu’à l’édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités des peuples autochtones pouvaient être écartés par des dispositions législatives valides aussi facilement que pouvaient l’être les droits et libertés des autres habitants. La haie n’offrait aucune protection spéciale, comme l’ont appris les peuples autochtones dans des affaires antérieures portant sur des droits de chasse, tels les arrêts *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, et *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267. Le 17 avril 1982, toutefois, ce type particulier de «haie» a été transformée par le par. 35(1) en un rempart plus solide, qui ne peut être déplacé que dans les cas où cela est justifié suivant le critère qui a été établi dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1112 et suiv., et qui a été adapté à l’application des traités dans *Badger*, précité, le juge Cory, aux par. 75 et suiv. Voir également l’arrêt *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (C.A. Ont.). Le fait que le *contenu* des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés aux Mi’kmaq par le traité n’était pas plus large que les droits dont jouissaient les autres habitants n’affecte en rien la *protection* plus grande qu’ils offrent actuellement aux Mi’kmaq, à moins que ces droits n’aient été éteints avant le 17 avril 1982.

#### L’honneur de la Couronne

Le présent pourvoi met en évidence le principe qu’a souligné notre Cour à plusieurs reprises et selon lequel l’honneur de la Couronne est toujours en jeu dans le cadre de ses rapport avec les peuples autochtones. Il s’agit de l’un des principes d’interprétation énoncés dans l’arrêt *Badger*, précité, par le juge Cory, au par. 41:

... l’honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu’elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits

treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of “sharp dealing” will be sanctioned.

This principle that the Crown’s honour is at stake when the Crown enters into treaties with first nations dates back at least to this Court’s decision in 1895, *Province of Ontario v. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 S.C.R. 434. In that decision, Gwynne J. (dissenting) stated, at pp. 511-12:

... what is contended for and must not be lost sight of, is that the British sovereigns, ever since the acquisition of Canada, have been pleased to adopt the rule or practice of entering into agreements with the Indian nations or tribes in their province of Canada, for the cession or surrender by them of what such sovereigns have been pleased to designate the Indian title, by instruments similar to these now under consideration to which they have been pleased to give the designation of “treaties” with the Indians in possession of and claiming title to the lands expressed to be surrendered by the instruments, and further that the terms and conditions expressed in those instruments as to be performed by or on behalf of the Crown, have always been regarded as involving a trust graciously assumed by the Crown to the fulfilment of which with the Indians the faith and honour of the Crown is pledged, and which trust has always been most faithfully fulfilled as a treaty obligation of the Crown. [Emphasis added.]

See also *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1, at p. 2.

In more recent times, as mentioned, the principle that the honour of the Crown is always at stake was asserted by the Ontario Court of Appeal in *Taylor and Williams, supra*. In that case, as here, the issue was to determine the actual terms of a treaty, whose terms were partly oral and partly written. MacKinnon A.C.J.O. said for the court, at pp. 235-36:

The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart

ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l’intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.

Ce principe que l’honneur de la Couronne est en jeu lorsqu’elle conclut des traités avec les Premières nations remonte au moins à la décision qu’a rendue notre Cour, en 1895, dans *Province of Ontario c. Dominion of Canada and Province of Quebec; In re Indian Claims* (1895), 25 R.C.S. 434. Dans cet arrêt, le juge Gwynne (dissident) a dit ceci, aux pp. 511 et 512:

[TRADUCTION] ... ce qu’on affirme et ce qu’il ne faut pas perdre de vue est le fait qu’il a plu aux souverains britanniques, depuis l’acquisition du Canada, d’adopter la règle ou la pratique de conclure des accords avec les nations ou tribus indiennes dans leur province du Canada, de façon à ce qu’elles cèdent ce qu’il a plu aux souverains d’appeler le titre indien, au moyen de textes semblables à celui qui fait l’objet de la présente affaire et qu’il leur a plu de désigner sous le nom de «traités» avec les Indiens qui sont en possession des terres, sur lesquelles ils affirment avoir un titre et qui sont cédés par ces instruments; et, de plus, le fait que les obligations prévues par ces textes qui doivent être remplies par la Couronne ou en son nom ont toujours été considérées comme comportant une fiducie que la Couronne s’engage gracieusement envers les Indiens à exécuter sur sa foi et son honneur, et qui a toujours été fidèlement exécutée en tant qu’obligation de la Couronne issue d’un traité. [Je souligne.]

Voir également *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 R.C.S. 1, à la p. 2.

Plus récemment, comme il a été mentionné plus tôt, le principe que l’honneur de la Couronne est toujours en jeu a été invoqué par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Taylor and Williams, précité*. Dans cette affaire, tout comme en l’espèce, il s’agissait de déterminer les conditions véritables d’un traité, lesquelles étaient en partie orales et en partie écrites. Le juge en chef adjoint de l’Ontario MacKinnon, s’exprimant au nom de la cour, a dit ceci, aux pp. 235 et 236:

[TRADUCTION] Les principes applicables à l’interprétation de traités visant les Indiens ont fait l’objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu’il s’agit

50

51

from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of “sharp dealing” should be sanctioned. Mr. Justice Cartwright emphasized this in his dissenting reasons in *R. v. George*, . . . [1966] S.C.R. 267 at p. 279, where he said:

We should, I think, endeavour to construe the treaty of 1827 and those Acts of Parliament which bear upon the question before us in such a manner that the honour of the Sovereign may be upheld and Parliament not made subject to the reproach of having taken away by unilateral action and without consideration the rights solemnly assured to the Indians and their posterity by treaty.

Further, if there is any ambiguity in the words or phrases used, not only should the words be interpreted as against the framers or drafters of such treaties, but such language should not be interpreted or construed to the prejudice of the Indians if another construction is reasonably possible: *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 at p. 652 . . . (B.C.C.A.); affirmed . . . [1965] S.C.R. vi. . . .

This statement by MacKinnon A.C.J.O. (who had acted as counsel for the native person convicted of hunting offences in *George*, *supra*) has been adopted subsequently in numerous cases, including decisions of this Court in *Badger*, *supra*, para. 41, and *Sparrow*, *supra*, at pp. 1107-8.

52

I do not think an interpretation of events that turns a positive Mi'kmaq trade demand into a negative Mi'kmaq covenant is consistent with the honour and integrity of the Crown. Nor is it consistent to conclude that the Lieutenant Governor, seeking in good faith to address the trade demands of the Mi'kmaq, accepted the Mi'kmaq suggestion of a trading facility while denying any treaty protection to Mi'kmaq access to the things that were to be traded, even though these things were identified and priced in the treaty negotiations. This was not a commercial contract. The trade arrangement must be interpreted in a manner which gives meaning and substance to the promises made by the Crown. In my view, with respect, the interpretation

d'interpréter les conditions d'un traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée. Le juge Cartwright a souligné ce point dans ses motifs de dissidence dans *R. c. George*, [. . .] [1966] R.C.S. 267, à la p. 279, où il a dit:

Je pense que nous devons nous efforcer d'interpréter le Traité de 1827 et les lois fédérales qui portent sur la question dont nous sommes saisis de manière à protéger l'honneur du Souverain et à éviter qu'on puisse reprocher au Parlement d'avoir retiré unilatéralement et sans contrepartie les droits solennellement garantis aux Indiens et à leurs descendants par traité.

De plus, s'il y a des ambiguïtés dans les mots ou les expressions qui sont utilisés, non seulement faut-il leur donner une interprétation défavorable aux rédacteurs des traités, mais ils ne doivent pas être interprétés au désavantage des Indiens si une autre interprétation est raisonnablement possible: *R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 à la p. 652 [. . .] (C.A.C.-B.); confirmé [. . .] à [1965] R.C.S. vi. . . .

Cet énoncé du juge en chef adjoint MacKinnon (qui avait agi comme avocat pour l'Autochtone déclaré coupable d'infractions relatives à la chasse dans *George*, précité) a été adopté par la suite dans de nombreuses affaires, dont les arrêts de notre Cour *Badger*, précité, au par. 41, et *Sparrow*, précité, aux pp. 1107 et 1108.

Est à mon sens incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne, une interprétation des événements qui a pour effet de transformer une demande positive des Mi'kmaq pour que soit prise une mesure commerciale en un engagement par ces derniers de ne pas faire quelque chose. Il n'est pas non plus logique de conclure que le lieutenant gouverneur, qui cherchait de bonne foi à satisfaire aux demandes commerciales des Mi'kmaq, a accepté la proposition de ces derniers de mettre sur pied un établissement commercial mais refusé de protéger dans le traité l'accès des Mi'kmaq aux choses qui devaient faire l'objet du commerce, même si l'identité et le prix de ces choses avaient été déterminés lors de la négociation du traité. Il ne s'agissait pas d'un contrat commercial. L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens et substance aux promesses faites par

adopted by the courts below left the Mi'kmaq with an empty shell of a treaty promise.

#### Contradictory Interpretations of the Truckhouse Clause

The appellant argues that the Crown has been in breach of the treaty since 1762, when the truckhouses were terminated, or at least since the 1780s when the replacement system of licensed traders was abandoned. This argument suffers from the same quality of unreasonableness as does the Crown's argument that the treaty left the Mi'kmaq with nothing more than a negative covenant. It was established in *Simon, supra*, at p. 402, that treaty provisions should be interpreted "in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal" practice, and *Sundown, supra*, at para. 32, confirms that courts should not use a "frozen-in-time" approach to treaty rights. The appellant cannot, with any show of logic, claim to exercise his treaty rights using an outboard motor while at the same time insist on restoration of the peculiar 18th century institution known as truckhouses.

The Crown, on the other hand, argues that the truckhouse was a time-limited response to a temporary problem. As my colleague McLachlin J. sets out at para. 96, the "core" of the treaty was said to be that "[t]he Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed". My disagreement with that view, with respect, is that the aboriginal people, as found by the trial judge, relied on European powder, shot and other goods and pushed a trade agenda with the British because their alternative sources of supply had dried up; the real inhibition

la Couronne. Avec égards, je suis d'avis que l'interprétation adoptée par les juridictions inférieures ne laisse aux Mi'kmaq qu'une promesse — issue de traité — vide de contenu.

#### Les interprétations contradictoires de la clause relative aux maisons de troc

L'appelant prétend que la Couronne contrevient au traité depuis 1762, date où l'on a mis fin au régime des maisons de troc, ou à tout le moins depuis les années 1780, lorsqu'on a abandonné le système des commerçants patentés qui avait remplacé celui des maisons de troc. Cet argument souffre du même caractère déraisonnable que l'argument de la Couronne qui veut que, suivant le traité, il ne restait aux Mi'kmaq rien d'autre qu'un covenant négatif, leur engagement de ne pas faire quelque chose. Dans *Simon*, précité, à la p. 402, il a été établi que les clauses des traités doivent être interprétées «d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales», et dans *Sundown*, précité, au par. 32, on a confirmé que les tribunaux ne doivent pas employer une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits issus de traités. L'appelant ne peut logiquement prétendre à l'exercice des droits que lui accorde le traité au moyen d'un hors-bord, et du même souffle insister pour que soit rétablie l'institution particulière connue sous le nom de maisons de troc qui existait au 18<sup>e</sup> siècle.

De son côté, le ministère public affirme que les maisons de troc constituaient une solution limitée dans le temps à un problème temporaire. Comme le précise ma collègue le juge McLachlin au par. 96, «essentiellement», par le traité, «[l]es Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des maisons de troc stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif». Avec égards, mon désaccord avec cette opinion vient du fait que, comme a conclu le juge du procès, les Autochtones comptaient sur la

53

54

on trade with the French was not the treaty but the absence of the French, whose military had retreated up the St. Lawrence and whose settlers had been expelled; there is no suggestion in the negotiating records that the truckhouse system was a sort of transitional arrangement expected to be temporary, it only became temporary because the King unexpectedly disallowed the enabling legislation passed by the Nova Scotia House of Assembly; and the notion that the truckhouse was merely a response to a trade restriction overlooks the fact the truckhouse system offered very considerable financial benefits to the Mi'kmaq which they would have wanted to exploit, restriction or no restriction. The promise of access to "necessaries" through trade in wildlife was the key point, and where a right has been granted, there must be more than a mere disappearance of the mechanism created to facilitate the exercise of the right to warrant the conclusion that the right itself is spent or extinguished.

poudre, les plombs et les autres produits européens et voulaient commercer avec les Britanniques parce que leurs autres sources d'approvisionnement n'existaient plus; le véritable empêchement au commerce avec les Français n'était pas le traité, mais l'absence de Français, puisque les soldats français avaient retraité en amont sur le Saint-Laurent et que les colons français avaient été expulsés; rien dans les documents relatifs aux négociations ne tend à indiquer que le système de maisons de troc était une sorte de mesure transitoire devant être temporaire; ce système n'a été temporaire que parce que le Roi a, de façon inattendue, désavoué la loi habilitante adoptée par la Chambre d'assemblée de la Nouvelle-Écosse; et l'argument que les maisons de troc n'étaient qu'une réponse à une restriction commerciale ne tient pas compte du fait que le système des maisons de troc avait pour les Mi'kmaq des avantages financiers considérables dont ils auraient voulu profiter, restriction ou pas. La promesse d'accès aux «biens nécessaires» au moyen du commerce des ressources de la faune était l'élément fondamental, et, lorsqu'un droit a été accordé, il faut plus que la simple disparition du mécanisme créé en vue d'en faciliter l'exercice pour justifier la conclusion que le droit lui-même est caduc ou éteint.

55 The Crown further argues that the treaty rights, if they exist at all, were "subject to regulation, *ab initio*". The effect, it is argued, is that no *Badger* justification would be required. The Crown's attempt to distinguish *Badger* is not persuasive. *Badger* dealt with treaty rights which were specifically expressed in the treaty (at para. 31) to be "subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country". Yet the Court concluded that a *Sparrow*-type justification was required.

Le ministère public soutient également que, dans la mesure où ils existent, les droits issus du traité étaient [TRADUCTION] «dès le départ assujettis à la réglementation». Il s'ensuit, prétend-on, qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la justification requise par *Badger*. La distinction d'avec l'arrêt *Badger* proposée par le ministère public n'est pas convaincante. Cet arrêt portait sur des droits issus d'un traité qui les déclarait expressément [TRADUCTION] «subordonné[s] à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays» (par. 31). Malgré cela, notre Cour a néanmoins conclu qu'une justification analogue à celle requise par l'arrêt *Sparrow* devait être fournie.

56 My view is that the surviving substance of the treaty is not the literal promise of a truckhouse, but a treaty right to continue to obtain necessaries

J'estime que l'aspect du traité qui survit n'est pas la promesse littérale d'établir des maisons de troc, mais un droit — issu de ce traité — qui

through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test.

#### The Limited Scope of the Treaty Right

The Crown expresses the concern that recognition of the existence of a constitutionally entrenched right with, as here, a trading aspect, would open the floodgates to uncontrollable and excessive exploitation of the natural resources. Whereas hunting and fishing for food naturally restricts quantities to the needs and appetites of those entitled to share in the harvest, it is argued that there is no comparable, built-in restriction associated with a trading right, short of the paramount need to conserve the resource. The Court has already addressed this issue in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *per* Lamer C.J., at paras. 57-63, L'Heureux-Dubé J., at para. 137, and McLachlin J., at para. 164; *Van der Peet*, *supra*, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 192, and *per* McLachlin J., at para. 279; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 47; and *Horseman*, *supra*, *per* Wilson J., at p. 908, and Cory J., at pp. 928-29. The ultimate fear is that the appellant, who in this case fished for eels from a small boat using a fyke net, could lever the treaty right into a factory trawler in Pomquet Harbour gathering the available harvest in preference to all non-aboriginal commercial or recreational fishermen. (This is indeed the position advanced by the intervenor the Union of New Brunswick Indians.) This fear (or hope) is based on a misunderstanding of the narrow ambit and extent of the treaty right.

The recorded note of February 11, 1760 was that “there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries” (emphasis added). What is contemplated therefore is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessaries. The treaty

permet de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*.

#### La portée limitée du droit issu du traité

Le ministère public dit craindre que le fait de reconnaître l'existence d'un droit constitutionnalis e comportant un aspect commercial, comme celui en litige dans la présente affaire, donnerait lieu à une exploitation incontrôlable et excessive des ressources naturelles. Alors que, dans le cas de la chasse et de la pêche à des fins de subsistance, les quantités prélevées sont naturellement restreintes aux besoins et à l'appétit de ceux qui ont droit à une part des prises, on plaide qu'un droit de commercer ne comporte aucune restriction interne comparable, si ce n'est le besoin primordial de conserver la ressource. Notre Cour s'est déjà penchée sur cette question dans les arrêts *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer, aux par. 57  a 63, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 137, et le juge McLachlin, au par. 164; *Van der Peet*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 192, et le juge McLachlin, au par. 279; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 47; et *Horseman*, précité, le juge Wilson, à la p. 908, et le juge Cory, aux pp. 928 et 929. Ce qu'on craint le plus, c'est que l'appelant, qui en l'espèce p echait l'anguille à bord d'un petit bateau au moyen d'un filet appel e verveux, pourrait élargir l'étendue du droit issu du traité à l'utilisation d'un chalutier usine dans Pomquet Harbour pour récolter la ressource disponible, au détriment de tous les pêcheurs non-autochtones et sportifs. (De fait, c'est la position préconisée par l'intervenante Union of New Brunswick Indians.) Cette crainte (ou cet espoir, selon le point de vue) est fondée sur une mauvaise compréhension de la portée étroite du droit issu du traité.

Le document du 11 février 1760 faisait état de «l'établissement d'une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires» (je souligne). Par conséquent, ce qui est envisag e ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de com-

57

58

right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits.

mercier pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être circonscrit à ses limites appropriées.

59 The concept of “necessaries” is today equivalent to the concept of what Lambert J.A., in *R. v. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, at p. 126, described as a “moderate livelihood”. Bare subsistence has thankfully receded over the last couple of centuries as an appropriate standard of life for aboriginals and non-aboriginals alike. A moderate livelihood includes such basics as “food, clothing and housing, supplemented by a few amenities”, but not the accumulation of wealth (*Gladstone*, *supra*, at para. 165). It addresses day-to-day needs. This was the common intention in 1760. It is fair that it be given this interpretation today.

Le concept de «biens nécessaires» est l'équivalent moderne du concept que le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a qualifié de [TRADUCTION] «subsistance convenable» dans *R. c. Van der Peet* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75, à la p. 126. Fort heureusement, le strict nécessaire a cessé, au cours des derniers siècles, d'être considéré comme le niveau de vie approprié, autant pour les Autochtones que pour les non-autochtones. La notion de «subsistance convenable» s'entend des choses essentielles comme «la nourriture, le vêtement et le logement, complétées par quelques commodités de la vie», mais non de l'accumulation de richesses (*Gladstone*, précité, au par. 165). Elle vise les besoins courants. C'était là l'intention commune des parties en 1760. Il est juste de suivre cette interprétation aujourd'hui.

60 The distinction between a commercial right and a right to trade for necessities or sustenance was discussed in *Gladstone*, *supra*, where Lamer C.J., speaking for the majority, held that the Heiltsuk of British Columbia have “an aboriginal right to sell herring spawn on kelp to an extent best described as commercial” (para. 28). This finding was based on the evidence that “tons” of the herring spawn on kelp was traded and that such trade was a central and defining feature of Heiltsuk society. McLachlin J., however, took a different view of the evidence, which she concluded supported a finding that the Heiltsuk derived only sustenance from the trade of the herring spawn on kelp. “Sustenance” provided a manageable limitation on what would otherwise be a free-standing commercial right. She wrote at para. 165:

La distinction entre le droit de commercer et le droit de commercer pour se procurer les biens nécessaires ou à des fins de subsistance a été examinée dans l'arrêt *Gladstone*, précité, où le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que les Heiltsuk de la Colombie-Britannique ont “un droit ancestral de vendre de la roque de hareng sur varech sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale” (par. 28). Cette conclusion était fondée sur la preuve que des «tonnes» de roque de hareng sur varech étaient échangées et que ce commerce constituait une caractéristique fondamentale et importante de la société Heiltsuk. Le juge McLachlin a toutefois interprété la preuve différemment, concluant qu'elle étayait la conclusion que les Heiltsuk ne faisaient que tirer leur subsistance du commerce de la roque de hareng sur varech. La notion de «subsistance» a constitué un moyen pratique de limiter ce qui serait autrement un droit autonome de commercer. Le juge McLachlin a écrit ce qui suit, au par. 165:

Despite the large quantities of herring spawn on kelp traditionally traded, the evidence does not indicate that the trade of herring spawn on kelp provided for the

En dépit des grandes quantités de roque de hareng sur varech échangées traditionnellement, il ne ressort pas de la preuve que ces échanges rapportaient aux Heiltsuk

Heiltsuk anything more than basic sustenance. There is no evidence in this case that the Heiltsuk accumulated wealth which would exceed a sustenance lifestyle from the herring spawn on kelp fishery. [Emphasis added.]

In this case, equally, it is not suggested that Mi'kmaq trade historically generated "wealth which would exceed a sustenance lifestyle". Nor would anything more have been contemplated by the parties in 1760.

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

#### Application to the Facts of this Case

The appellant is charged with three offences: the selling of eels without a licence, fishing without a licence and fishing during the close season with illegal nets. These acts took place at Pomquet Harbour, Antigonish County. For Marshall to have satisfied the regulations, he was required to secure a licence under either the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, the *Maritime Provinces Fishery Regulations*, SOR/93-55, or the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332.

All of these regulations place the issuance of licences within the absolute discretion of the Minister. Section 7(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, so provides:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on. [Emphasis added.]

The *Maritime Provinces Fishery Regulations* provides that the Minister "may issue" a commercial

plus que ce qui est nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels. Il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve indiquant que les Heiltsuk auraient tiré de la récolte de la rogue de hareng sur varech des richesses incompatibles avec une économie de subsistance. [Je souligne.]

Dans la présente affaire, on n'a pas non plus prétendu que le commerce pratiqué par les Mi'kmaq avait historiquement produit «des richesses incompatibles avec une économie de subsistance». Les parties n'auraient pas visé davantage en 1760.

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

#### L'application aux faits de l'espèce

L'appelant est accusé de trois infractions: avoir vendu des anguilles sans permis, avoir pêché sans permis et avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux. Ces actes ont eu lieu à Pomquet Harbour, dans le comté d'Antigonish. Pour se conformer aux règlements, Marshall était tenu de se procurer un permis en application du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, du *Règlement de pêche des provinces maritimes*, DORS/93-55, ou du *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332.

Dans tous ces règlements, la délivrance des permis est à l'entière discrétion du ministre. C'est ce que précise le par. 7(1) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14:

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche. [Je souligne.]

Le *Règlement de pêche des provinces maritimes* précise que le ministre «peut délivrer» un permis

61

62

63



fishing licence (s. 5). The *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations* state as well that the Minister “may issue” a communal licence to an aboriginal organization to carry on food fishing and related activities (s. 4). The licences described in the *Fishery (General) Regulations* are all discretionary as well, although none of those licences would have assisted the appellant in this situation.

64

Furthermore, there is nothing in these regulations which gives direction to the Minister to explain how she or he should exercise this discretionary authority in a manner which would respect the appellant’s treaty rights. This Court has had the opportunity to review the effect of discretionary licensing schemes on aboriginal and treaty rights: *Badger, supra, R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. The test for infringement under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was set out in *Sparrow, supra*, at p. 1112:

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

Lamer C.J. in *Adams, supra*, applied this test to licensing schemes and stated as follows at para. 54:

In light of the Crown’s unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the

de pêche commerciale (art. 5). Le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones* indique lui aussi que le ministre «peut délivrer» un permis de pêche communautaire à une organisation autochtone en vue de l’autoriser à pratiquer la pêche et toute autre activité connexe (art. 4). La délivrance de tous les permis décrits dans le *Règlement de pêche (dispositions générales)* relève également de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, quoiqu’aucun de ces permis n’aurait aidé l’appelant dans la situation actuelle.

De plus, rien dans ces règlements n’indique au ministre comment il doit exercer ce pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les droits issus du traité de l’appelant. Notre Cour a eu la possibilité d’examiner l’effet des régimes discrétionnaires de délivrance de permis sur les droits ancestraux et sur les droits issus de traités: *Badger*, précité, *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Le critère pour déterminer s’il y a eu atteinte à un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été établi dans l’arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1112:

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

Dans l’arrêt *Adams*, précité, le juge en chef Lamer a appliqué ce critère aux régimes de délivrance de permis et a dit ce qui suit, au par. 54:

Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu’a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d’établir un régime administratif fondé sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l’absence d’indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d’entraîner d’importantes conséquences pour l’exercice d’un droit ancestral, cette loi ou son règlement d’application doit énoncer des critères précis, balisant l’exer-

absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test. [Emphasis added.]

Cory J. in *Badger, supra*, at para. 79, found that the test for infringement under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* was the same for both aboriginal and treaty rights, and thus the words of Lamer C.J. in *Adams*, although in relation to the infringement of aboriginal rights, are equally applicable here. There was nothing at that time which provided the Crown officials with the “sufficient directives” necessary to ensure that the appellant’s treaty rights would be respected. To paraphrase *Adams*, at para. 51, under the applicable regulatory regime, the appellant’s exercise of his treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Mi’kmaq treaty rights were not accommodated in the Regulations because, presumably, the Crown’s position was, and continues to be, that no such treaty rights existed. In the circumstances, the purported regulatory prohibitions against fishing without a licence (*Maritime Provinces Fishery Regulations*, s. 4(1)(a)) and of selling eels without a licence (*Fishery (General) Regulations*, s. 35(2)) do *prima facie* infringe the appellant’s treaty rights under the Treaties of 1760-61 and are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test.

Further, the appellant was charged with fishing during the close season with improper nets, contrary to s. 20 of the *Maritime Provinces Fishery Regulations*. Such a regulation is also a *prima facie* infringement, as noted by Cory J. in *Badger, supra*, at para. 90: “This Court has held on numerous occasions that there can be no limitation on the

cice du pouvoir discrétionnaire d’accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l’existence des droits ancestraux. En l’absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l’État des directives suffisantes pour leur permettre de s’acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Badger*, précité, au par. 79, le juge Cory a conclu que le critère applicable pour déterminer s’il y a atteinte à un droit visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* était le même et pour les droits ancestraux et pour les droits issus de traités, de sorte que, même si les propos du juge en chef Lamer dans l’arrêt *Adams* portaient sur une atteinte à des droits ancestraux, ils s’appliquent également en l’espèce. À l’époque, les fonctionnaires de la Couronne ne disposaient pas des «directives suffisantes» nécessaires pour être en mesure d’assurer le respect des droits issus de traité de l’appelant. Pour paraphraser les propos tenus dans l’arrêt *Adams*, au par. 51, dans le cadre du régime de réglementation applicable, l’appelant ne pouvait exercer son droit issu de traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu’à l’entière discrétion du ministre. Les règlements ne tiennent pas compte des droits issus de traités des Mi’kmaq parce que, peut-on présumer, la position de la Couronne a été et continue d’être que de tels droits n’existent pas. Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements, c’est-à-dire l’interdiction de pêcher sans permis (*Règlement de pêche des provinces maritimes*, al. 4(1)a)) et l’interdiction de vendre des anguilles sans permis (*Règlement de pêche (dispositions générales)*, par. 35(2)), portent à première vue atteinte aux droits conférés à l’appelant par les traités de 1760 et 1761 et sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l’arrêt *Badger*.

En outre, l’appelant a été accusé d’avoir pêché pendant la période de fermeture au moyen de filets illégaux, contrairement à l’art. 20 du *Règlement de pêche des provinces maritimes*. Une telle disposition constitue également une atteinte à première vue, comme l’a souligné le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, précité, au par. 90: «Notre Cour a statué,

method, timing and extent of Indian hunting under a Treaty”, apart, I would add, from a treaty limitation to that effect.

66 The appellant caught and sold the eels to support himself and his wife. Accordingly, the close season and the imposition of a discretionary licensing system would, if enforced, interfere with the appellant’s treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the appellant is entitled to an acquittal.

#### Disposition

67 The constitutional question stated by the Chief Justice on February 9, 1998, as follows:

Are the prohibitions on catching and retaining fish without a licence, on fishing during the close time, and on the unlicensed sale of fish, contained in ss. 4(1)(a) and 20 of the *Maritime Provinces Fishery Regulations* and s. 35(2) of the *Fishery (General) Regulations*, inconsistent with the treaty rights of the appellant contained in the Mi’kmaq Treaties of 1760-61 and therefore of no force or effect or application to him, by virtue of ss. 35(1) and 52 of the *Constitution Act, 1982*?

should be answered in the affirmative. I would therefore allow the appeal and order an acquittal on all charges.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

#### I. Introduction

68 The issue in this case is whether the appellant Marshall, a Mi’kmaq Indian, possesses a treaty right that exempts him from the federal fisheries legislation under which he was charged with fish-

en de nombreuses occasions, qu’on ne peut limiter l’ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens en vertu d’un traité, ni les méthodes qu’ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s’y adonnent», sauf si, ajouterais-je, le traité comporte une restriction de cette nature.

L’appelant a pris et vendu les anguilles pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe. En conséquence, si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l’appelant, et l’interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l’absence de justification des prohibitions réglementaires, l’appelant a droit à l’acquiescement.

#### Dispositif

La question constitutionnelle suivante, énoncée par le Juge en chef le 9 février 1998:

L’interdiction de prendre et de garder du poisson sans permis, ainsi que celles de pêcher pendant la période de fermeture et de vendre du poisson sans permis, prévues respectivement par l’al. 4(1)a) et l’art. 20 du *Règlement de pêche des provinces maritimes* ainsi que par le par. 35(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, sont-elles incompatibles avec les droits conférés à l’appelant par les traités conclus par les Micmacs en 1760 et 1761 et, par conséquent, inopérantes à son endroit, par l’effet du par. 35(1) et de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

doit recevoir une réponse affirmative. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner l’acquiescement relativement à toutes les accusations.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

#### I. Introduction

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’appelant Marshall, Indien mi’kmaq, possède un droit issu de traité qui l’exempte de l’application de la législation fédérale sur les

ing without a licence, fishing with a prohibited net during the closed period, and selling fish caught without a licence.

At trial, Marshall admitted that he caught and sold 463 pounds of eels without a licence and with a prohibited net within closed times. The only issue at trial was whether he possessed a treaty right to catch and sell fish that exempted him from compliance with the federal fisheries legislation and mandated his acquittal. The trial judge held that he did not. The Nova Scotia Court of Appeal dismissed his appeal. Marshall now appeals to this Court.

I conclude that the Treaties of 1760-61 created an exclusive trade and truckhouse regime which implicitly gave rise to a limited Mi'kmaq right to bring goods to British trade outlets so long as this regime was extant. The Treaties of 1760-61 granted neither a freestanding right to truckhouses nor a general underlying right to trade outside of the exclusive trade and truckhouse regime. The system of trade exclusivity and correlative British trading outlets died out in the 1780s and with it, the incidental right to bring goods to trade. There is therefore no existing right to trade in the Treaties of 1760-61 that exempts the appellant from the federal fisheries legislation. The charges against him stand.

## II. Relevant Treaty and Constitutional Provisions

### *Trade Clause in Treaties of 1760-61*

And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's

pêches en vertu de laquelle il a été accusé d'avoir pêché sans permis, d'avoir pêché en utilisant un filet prohibé pendant la période de fermeture et d'avoir vendu du poisson pris sans permis.

Au procès, Marshall a avoué avoir vendu 463 livres d'anguilles qu'il avait pêchées sans permis à l'aide d'un filet prohibé, pendant la période de fermeture. La seule question en litige au procès était celle de savoir si Marshall possédait un droit issu de traité qui l'autorisait à prendre et à vendre du poisson sans être tenu de se conformer à la législation fédérale sur les pêches et qui commandait son acquittement. Le juge du procès a statué qu'il ne possédait pas un tel droit. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'appel de Marshall, qui se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Je conclus que les traités de 1760 et 1761 ont créé un régime de commerce exclusif et de maisons de troc (postes de traite) qui a tacitement donné naissance, en faveur des Mi'kmaq, à un droit limité d'apporter des biens à ces établissements britanniques tant et aussi longtemps que ce régime a existé. Les traités de 1760 et 1761 n'ont accordé ni droit autonome d'accès aux magasins de troc ni droit général sous-jacent de commercer hors du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Ce régime de commerce exclusif, et les maisons de troc britanniques en découlant, a pris fin dans les années 1780 et, avec lui, le droit correspondant d'apporter des marchandises à ces établissements pour en faire le commerce. Il n'y a donc pas, dans les traités de 1760 et 1761, de droit existant ayant pour effet d'exempter l'appelant de l'application de la législation fédérale sur les pêches. Les accusations portées contre lui demeurent.

## II. Les dispositions pertinentes des traités et de la Constitution

### *La clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761*

[TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons

69

70

71

Governor at [insert location of closest truck house] or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

### *Constitution Act, 1982*

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

### III. Judgments

72

The trial judge, Embree Prov. Ct. J., concluded ([1996] N.S.J. No. 246 (QL)) that the trade clause in the Treaties of 1760-61 imposed an obligation on the Mi'kmaq to trade only at English truckhouses or with licensed traders. The clause gave the Mi'kmaq a limited "right to bring" their trade goods (the products of their hunting, fishing and gathering lifestyle) to such outlets or traders to trade. The trial judge found that when the exclusive trade obligation and the system of truckhouses and licensed traders fell into disuse, the "right to bring" disappeared. He concluded, at para. 125:

It was a pre-requisite to the Mi'kmaq being able to trade under the terms of the trade clause that the British provide truckhouses or appoint persons to trade with. When the British stopped doing that, the requirement (or if I had taken the Defence view, the option) to trade with truckhouses or licensed traders disappeared. The trade clause says nothing about that eventuality and it is my view that no further trade right arises from the trade clause.

73

The trial judge was unequivocal on the limited nature of this Treaty "right to bring" goods to truckhouses and licensed traders to trade. He concluded that the British did not intend to convey, and would not have conveyed, a trading right beyond the limited right to trade at truckhouses and with licensed traders within the exclusive trade regime, and that the Mi'kmaq appreciated and understood the position and objectives of the

de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à [indiquer l'endroit où se trouve la maison de troc la plus proche] ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou en Acadie.

### *Loi constitutionnelle de 1982*

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

### III. L'historique des procédures judiciaires

Le juge Embree de la Cour provinciale, qui a présidé le procès, a conclu ([1996] N.S.J. No. 246 (QL)) que la clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761 imposait aux Mi'kmaq l'obligation de commercer uniquement aux maisons de troc anglaises ou avec les commerçants patentés. Cette clause conférait aux Mi'kmaq un «droit [limité] d'apporter» leurs marchandises (les produits de leur mode de vie basé sur la chasse, la pêche et la cueillette) à ces maisons ou à des commerçants pour en faire le commerce. Le juge du procès a estimé que lorsque l'obligation de commerce exclusif et le système des maisons de troc et des commerçants patentés sont tombés en désuétude, le «droit d'apporter» des marchandises a disparu. Il a conclu en ces termes, au par. 125:

[TRADUCTION] La capacité des Mi'kmaq de commercer conformément à la clause relative au commerce était subordonnée à l'établissement par les Britanniques de maisons de troc ou à la désignation par eux de personnes avec lesquelles commercer. Lorsque les Britanniques ont cessé de le faire, l'obligation (ou si j'avais retenu la thèse de la défense, la faculté) de commercer à ces établissements ou avec ces personnes a disparu. La clause relative au commerce ne dit rien à l'égard de cette éventualité et, à mon avis, aucun autre droit de commercer ne découle de cette clause.

Le juge du procès a parlé en termes non équivoques du caractère limité de ce «droit [issu du traité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc et aux commerçants patentés pour en faire le commerce. Il a conclu que les Britanniques n'avaient pas entendu conférer et n'auraient pas conféré un droit de commercer supérieur au droit limité de commercer aux maisons de troc et avec les commerçants patentés dans le cadre du régime

British. In light of these conclusions, he rejected the appellant's claim that the Treaties granted him a treaty right to catch and sell fish. He found, at para. 129, that such an interpretation was not even among the "various possible interpretations of the common intention" of the Mi'kmaq and the British.

The Court of Appeal ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186), *per* Roscoe and Bateman J.J.A., affirmed the trial judge's decision that the Treaties of 1760-61 did not grant a treaty right to catch and sell fish. The court found, at p. 200, that "the mercantile nature of the British economy; the fact that the Governor had been instructed not to place any subject in a preferential trading position; and the fact that, pursuant to this *Treaty*, the Mi'kmaq were submitting to British law" all lent support to the trial judge's conclusion. Unlike the trial judge, however, the Court of Appeal concluded that the Treaties did not grant any right to trade, not even a limited "right to bring" goods to truckhouses. The court held that the mere reference to trading at truckhouses in the trade clause of the Treaties of 1760-61 could not, without more, constitute the grant of a right to trade. The Treaties of 1760-61 were peace treaties, not land cession treaties, and hence no grant of rights could be presumed. Moreover, the negative language of the clause was unlike that traditionally found in rights-granting treaties. The Court of Appeal concluded, at p. 200, that the Treaties of 1760-61 were negotiated following a long period of British-Mi'kmaq hostilities and that "[t]rade was not central to the *Treaties* but a vehicle by which the British could encourage the maintenance of a friendly relationship with the Mi'kmaq". The requirement imposed upon the Mi'kmaq to trade solely at truckhouses was characterized as a mechanism to help ensure the maintenance of peace. Thus, while the Treaties made trade at truckhouses "permissible", they did not confer a legal right on the Mi'kmaq to do so. The

de commerce exclusif, et que les Mi'kmaq connaissaient et comprenaient la position et les objectifs des Britanniques. Vu ces conclusions, il a rejeté la prétention de l'appelant voulant que les traités lui aient conféré un droit issu de traité de prendre du poisson et de le vendre. Il a estimé, au par. 129, qu'une telle interprétation ne figurait même pas [TRADUCTION] «parmi les interprétations possibles de l'intention commune» des Mi'kmaq et des Britanniques.

La Cour d'appel ((1997), 159 N.S.R. (2d) 186), sous la plume des juges Roscoe et Bateman, a confirmé la décision du juge du procès que les traités de 1760 et 1761 n'avaient pas conféré de droit — issu de traité — de prendre du poisson et de le vendre. La cour a conclu, à la p. 200, que [TRADUCTION] «la nature mercantile de l'économie britannique, le fait que le gouverneur avait reçu ordre de n'accorder aucun traitement commercial préférentiel et le fait que, en vertu du *Traité*, les Mi'kmaq étaient assujettis au droit britannique» étaient autant de facteurs étayant la conclusion du juge du procès. À la différence de ce dernier, toutefois, la Cour d'appel a conclu que les traités ne conféraient aucun droit de commercer, pas même un «droit [limité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc. La cour a estimé que la simple mention des échanges à ces établissements dans la clause relative au commerce des traités de 1760 et 1761 ne pouvait, à elle seule, constituer l'octroi d'un droit de commercer. Les traités de 1760 et 1761 étaient des traités de paix, non pas des traités de cession territoriale, on ne saurait donc présumer qu'on y concédait des droits. De plus, la formulation négative de la clause différait de celle figurant traditionnellement dans les traités concédant des droits. La Cour d'appel a conclu, à la p. 200, que les traités de 1760 et 1761 avaient été négociés à la suite d'une longue période d'hostilités entre les Britanniques et les Mi'kmaq et que le [TRADUCTION] «[c]ommerce n'était pas un aspect central des *Traités*, mais plutôt un moyen pour les Britanniques d'encourager le maintien de relations amicales avec les Mi'kmaq». L'obligation faite aux Mi'kmaq de commercer uniquement aux maisons de troc a été qualifiée de mécanisme destiné à

Court of Appeal upheld the trial judge's decision and dismissed the appeal.

#### IV. The Issues

75

The ultimate issue before the Court on this appeal is whether the appellant possesses a treaty right which exempts him from the federal fisheries legislation under which he is charged. The arguments urged in support of this position, however, are more difficult to articulate. The appellant's oral and written submissions, taken together, suggest that he contends that the Treaties of 1760-61 granted either or both of two separate rights, one unlimited, one more restricted. The appellant's arguments may be summarized as follows:

##### A. *The Rights Claimed*

1. The treaties conferred on the Mi'kmaq a general right to trade.
2. Alternatively, or in addition, the treaties conferred on the Mi'kmaq a right to truckhouses or licensed traders.

##### B. *Justification Arguments*

1. In the event a general right to trade is established, the federal fisheries legislation governing fishing and trade in fish fails to accommodate this treaty right to trade.
2. The government has not shown that this failure is justified as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.
3. Therefore the federal fisheries legislation does not apply to the appellant and he is entitled to be acquitted.

Alternatively, or in addition:

favoriser le maintien de la paix. Par conséquent, bien que les traités aient fait en sorte que le commerce aux maisons de troc soit «permis», ils n'ont pas conféré aux Mi'kmaq le droit légal de s'adonner à cette activité. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès et a rejeté l'appel.

#### IV. Les questions en litige

La question ultime que la Cour doit trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'appellant possède un droit issu de traité qui l'exempte de l'application de la législation fédérale sur les pêches en vertu de laquelle on l'accuse. Les arguments présentés au soutien de cette thèse sont toutefois plus difficiles à exprimer. Considérées globalement, les observations orales et écrites de l'appellant suggèrent que ce dernier prétend que les traités de 1760 et 1761 lui ont conféré soit deux droits distincts, soit l'un ou l'autre de ces deux droits, l'un illimité, l'autre plus restreint. Les arguments de l'appellant peuvent être résumés ainsi:

##### A. *Les droits revendiqués*

1. Les traités ont conféré aux Mi'kmaq un droit général de commercer.
2. À titre subsidiaire ou supplétif, les traités ont conféré aux Mi'kmaq un droit à l'établissement de magasins de troc ou à la désignation de commerçants patentés.

##### B. *Arguments justificatifs*

1. Dans l'hypothèse où l'existence d'un droit général de commercer est établie, la législation fédérale régissant la pêche et le commerce du poisson ne tient pas compte de ce droit de commercer issu de traité.
2. Le gouvernement n'a pas démontré que ce manquement est justifié, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
3. Par conséquent, la législation fédérale sur les pêches ne s'applique pas à l'appellant et celui-ci doit être acquitté.

À titre subsidiaire ou supplétif:

1. In the event a right to truckhouses or licensed traders is established, the government has been in breach of its treaty obligations since the 1780s.
2. The government has not shown that this infringement is justified as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.
3. Therefore the federal fisheries legislation does not apply to the appellant and he is entitled to be acquitted.

I will first consider the principles of interpretation relevant to this appeal. I will then consider in turn the appellant's "general trade right" and "right to trading outlets" arguments.

It should be noted that the appellant does not argue for an aboriginal (as distinct from treaty) right to trade on this appeal.

#### V. Discussion

##### A. *What Principles of Interpretation Apply to the Interpretation of the Treaty Trade Clause?*

This Court has set out the principles governing treaty interpretation on many occasions. They include the following.

1. Aboriginal treaties constitute a unique type of agreement and attract special principles of interpretation: *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 24; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 78; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1043; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 404. See also: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, "Interpreting *Sui Generis* Treaties" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman, "Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights,

1. Dans l'hypothèse où l'existence d'un droit à l'établissement de maisons de troc ou à la désignation de commerçants patentés est démontrée, le gouvernement manque aux obligations qui lui incombent aux termes des traités depuis les années 1780.
2. Le gouvernement n'a pas démontré que ce manquement est justifié, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.
3. Par conséquent, la législation fédérale sur les pêches ne s'applique pas à l'appellant et celui-ci doit être acquitté.

Je vais d'abord examiner les principes d'interprétation pertinents dans le cadre du présent pourvoi. Puis, j'analyserai séparément les arguments de l'appellant relatifs au «droit général de commercer» et au «droit à l'établissement de maisons de troc».

Il convient de souligner que, dans le présent pourvoi, l'appellant n'invoque pas l'existence d'un droit ancestral (par opposition à issu de traité) de commercer.

#### V. L'analyse

##### A. *Quelles sont les principes applicables à l'interprétation de la clause relative au commerce figurant dans les traités?*

Notre Cour a, à maintes reprises, énoncé les principes qui régissent l'interprétation des traités, notamment les principes suivants:

1. Les traités conclus avec les Autochtones constituent un type d'accord unique, qui demandent l'application de principes d'interprétation spéciaux: *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au par. 24; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 78; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1043; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 404. Voir également: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, «Interpreting *Sui Generis* Treaties» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman,

76

77

78



and the *Sparrow* Justificatory Test” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.

2. Treaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories: *Simon, supra*, at p. 402; *Sioui, supra*, at p. 1035; *Badger, supra*, at para. 52.
  3. The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed: *Sioui, supra*, at pp. 1068-69.
  4. In searching for the common intention of the parties, the integrity and honour of the Crown is presumed: *Badger, supra*, at para. 41.
  5. In determining the signatories’ respective understanding and intentions, the court must be sensitive to the unique cultural and linguistic differences between the parties: *Badger, supra*, at paras. 52-54; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907.
  6. The words of the treaty must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time: *Badger, supra*, at paras. 53 *et seq.*; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36.
  7. A technical or contractual interpretation of treaty wording should be avoided: *Badger, supra*; *Horseman, supra*; *Nowegijick, supra*.
  8. While construing the language generously, courts cannot alter the terms of the treaty by exceeding what “is possible on the language” or realistic: *Badger, supra*, at para. 76; *Sioui, supra*, at p. 1069; *Horseman, supra*, at p. 908.
- «Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test» (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.
2. Les traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones: *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; *Badger*, précité, au par. 52.
  3. L’interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l’intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l’époque de la signature: *Sioui*, précité, aux pp. 1068 et 1069.
  4. Dans la recherche de l’intention commune des parties, l’intégrité et l’honneur de la Couronne sont présumées: *Badger*, précité, au par. 41.
  5. Dans l’appréciation de la compréhension et de l’intention respectives des signataires, le tribunal doit être attentif aux différences particulières d’ordre culturel et linguistique qui existaient entre les parties: *Badger*, précité, aux par. 52 à 54; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907.
  6. Il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l’époque: *Badger*, précité, aux par. 53 et suiv.; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36.
  7. Il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel: *Badger*, précité, *Horseman*, précité, et *Nowegijick*, précité.
  8. Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce qui est réaliste ou de ce que «le langage utilisé [. . .] permet»: *Badger*, précité, au par. 76; *Sioui*, précité, à la p. 1069; *Horseman*, précité, à la p. 908.

9. Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context: *Sundown, supra*, at para. 32; *Simon, supra*, at p. 402.

Two specific issues of interpretation arise on this appeal. The answer to each is found in the foregoing summary of principles.

The first issue of interpretation arises from the Court of Appeal's apparent suggestion that peace treaties fall in a different category from land cession treaties for purposes of interpretation, with the result that, when interpreting peace treaties, there is no "presumption" that rights were granted to the aboriginal signatories in exchange for entering into the treaty. This raises the issue of whether it is useful to slot treaties into different categories, each with its own rules of interpretation. The principle that each treaty must be considered in its unique historical and cultural context suggests that this practice should be avoided.

The second issue of interpretation raised on this appeal is whether extrinsic evidence can be used in interpreting aboriginal treaties, absent ambiguity. Again, the principle that every treaty must be understood in its historical and cultural context suggests the answer must be yes. It is true that in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, at p. 201, this Court alluded with approval to the strict contract rule that extrinsic evidence is not admissible to construe a contract in the absence of ambiguity. However, subsequent decisions have made it clear that extrinsic evidence of the historic and cultural context of a treaty may be received absent ambigu-

9. Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne: *Sundown*, précité, au par. 32; *Simon*, précité, à la p. 402.

Deux questions d'interprétation précises se posent dans le présent pourvoi. La réponse à chacune d'elles se trouve dans l'exposé sommaire des principes qui précède.

La première question d'interprétation découle de la suggestion apparente de la Cour d'appel que, aux fins d'interprétation, les traités de paix et les traités de cession territoriale appartiennent à des catégories différentes, de sorte qu'il n'y a, dans l'interprétation des traités de paix, aucune «présomption» que des droits ont été conférés aux signataires autochtones en échange de leur adhésion au traité. Cette question soulève à son tour celle de savoir s'il est utile de classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation. Le principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier tend à indiquer que cette pratique devrait être évitée.

La deuxième question d'interprétation soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si l'on peut, en l'absence d'ambiguïté, recourir à la preuve extrinsèque pour interpréter des traités conclus avec des Autochtones. Encore une fois, le principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel suggère une réponse affirmative. Il est vrai que, dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, à la p. 201, notre Cour a mentionné en l'approuvant la règle stricte du droit contractuel qui écarte le recours à la preuve extrinsèque pour interpréter un contrat en l'absence d'ambiguïté. Toutefois, il

79

80

81

ity: *Sundown, supra*, at para. 25; *Badger, supra*, at para. 52. As Cory J. wrote in *Badger, supra*, at para. 52, courts interpreting treaties “must take into account the context in which the treaties were negotiated, concluded and committed to writing”.

ressort clairement de décisions subséquentes que des éléments de preuve extrinsèques du contexte historique et culturel d’un traité peuvent être reçus en preuve en l’absence d’ambiguïté: *Sundown*, précité, au par. 25; *Badger*, précité, au par. 52. Comme a écrit le juge Cory dans *Badger*, au par. 52, les tribunaux qui interprètent des traités «doi[vent] tenir compte du contexte dans lequel les traités ont été négociés, conclus et couchés par écrit».

82 The fact that both the words of the treaty and its historic and cultural context must be considered suggests that it may be useful to approach the interpretation of a treaty in two steps. First, the words of the treaty clause at issue should be examined to determine their facial meaning, in so far as this can be ascertained, noting any patent ambiguities and misunderstandings that may have arisen from linguistic and cultural differences. This exercise will lead to one or more possible interpretations of the clause. As noted in *Badger, supra*, at para. 76, “the scope of treaty rights will be determined by their wording”. The objective at this stage is to develop a preliminary, but not necessarily determinative, framework for the historical context inquiry, taking into account the need to avoid an unduly restrictive interpretation and the need to give effect to the principles of interpretation.

Le fait qu’il faille examiner tant le texte du traité que son contexte historique et culturel tend à indiquer qu’il peut être utile d’interpréter un traité en deux étapes. Dans un premier temps, il convient d’examiner le texte de la clause litigieuse pour en déterminer le sens apparent, dans la mesure où il peut être dégagé, en soulignant toute ambiguïté et tout malentendu manifestes pouvant résulter de différences linguistiques et culturelles. Cet examen conduira à une ou à plusieurs interprétations possibles de la clause. Comme il a été souligné dans *Badger*, précité, au par. 76, «la portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé». À cette étape, l’objectif est d’élaborer, pour l’analyse du contexte historique, un cadre préliminaire — mais pas nécessairement définitif — qui tienne compte d’un double impératif, celui d’éviter une interprétation trop restrictive et celui de donner effet aux principes d’interprétation.

83 At the second step, the meaning or different meanings which have arisen from the wording of the treaty right must be considered against the treaty’s historical and cultural backdrop. A consideration of the historical background may suggest latent ambiguities or alternative interpretations not detected at first reading. Faced with a possible range of interpretations, courts must rely on the historical context to determine which comes closest to reflecting the parties’ common intention. This determination requires choosing “from among the various possible interpretations of the common intention the one which best reconciles” the parties’ interests: *Sioui, supra*, at p. 1069. Finally, if the court identifies a particular right which was intended to pass from generation to generation, the historical context may assist the

Dans un deuxième temps, le ou les sens dégagés du texte du droit issu de traité doivent être examinés sur la toile de fond historique et culturelle du traité. Il est possible que l’examen de l’arrière-plan historique fasse ressortir des ambiguïtés latentes ou d’autres interprétations que la première lecture n’a pas permis de déceler. Confronté à une éventuelle gamme d’interprétations, le tribunal doit s’appuyer sur le contexte historique pour déterminer laquelle traduit le mieux l’intention commune des parties. Pour faire cette détermination, le tribunal doit choisir, «parmi les interprétations de l’intention commune qui s’offrent à [lui], celle qui concilie le mieux» les intérêts des parties: *Sioui*, précité, à la p. 1069. Enfin, si le tribunal conclut à l’existence d’un droit particulier qui était censé se transmettre de génération en génération, le con-

court in determining the modern counterpart of that right: *Simon, supra*, at pp. 402-3; *Sundown, supra*, at paras. 30 and 33.

In the case on appeal, the trial judge heard 40 days of trial, the testimony of three expert witnesses, and was presented with over 400 documents. After a meticulous review of this evidence, the trial judge stated, at para. 92:

With the full benefit of the cultural and historical context, I now need to address the following questions. What did the Mi'kmaq and the British agree to and intend to agree to in the Treaties of 1760 and 1761? Directly related to that are the questions of Mi'kmaq understanding of these treaties' contents. Did they understand and agree to all of the written portions of the treaties before me? Were there other statements or promises made orally which the Mi'kmaq considered were part of these treaties and which have an impact on their meaning? Did the Mi'kmaq consider that previous treaties were renewed by and combined with the 1760-61 Treaties? Are there any other aspects of the historical record, whether referred to me by Counsel for the defendant or otherwise, which reflect on the contents or the proper understanding of the contents of these treaties?

The trial judge's review of the historical context, the cultural differences between the parties, their different methods of communication, and the pre-treaty negotiations, led him to conclude that there was no misunderstanding or lack of agreement between the British and the Mi'kmaq that trade under the treaties was to be carried out in accordance with the terms of the trade clause. Having come to this conclusion, the trial judge turned again to the historical context to interpret the content of such terms, in accordance with the parties' common intention. In my opinion, the trial judge's approach to the interpretation of the Treaties of 1760-61 is in keeping with the principles governing treaty interpretation. With the greatest respect for the contrary view of my colleague, Justice Binnie, I find no basis for error in the trial judge's approach.

texte historique peut l'aider à déterminer l'équivalent moderne de ce droit: *Simon*, précité, aux pp. 402 et 403; *Sundown*, précité, aux par. 30 et 33.

En l'espèce, le juge du procès a présidé 40 jours d'audience, il a entendu trois témoins experts et on lui a présenté plus de 400 documents. Après avoir examiné méticuleusement cette preuve, il a déclaré ce qui suit, au par. 92:

[TRADUCTION] Maintenant que je dispose du contexte culturel et historique, je dois maintenant examiner les questions suivantes. De quoi les Mi'kmaq et les Britanniques ont-ils convenu et entendaient-ils convenir dans les traités de 1760 et 1761? Se rattachent directement à cette question certaines questions concernant la compréhension qu'avaient les Mi'kmaq du contenu de ces traités. Ont-ils compris et accepté toutes les clauses écrites des traités qui sont devant moi? Existe-t-il d'autres déclarations ou promesses faites de vive voix qui étaient considérées par les Mi'kmaq comme faisant partie de ces traités et qui ont une incidence sur le sens de ces derniers? Les Mi'kmaq considéraient-ils que les traités de 1760 et 1761 reconduisaient des traités antérieurs et se combinaient à ceux-ci? Existe-t-il d'autres facteurs historiques, qui m'auraient été signalés par l'avocat du défendeur ou autrement, et qui ont une incidence sur le contenu de ces traités ou sur l'interprétation qu'il convient de donner à leur contenu?

L'examen qu'a fait le juge du procès du contexte historique, des différences culturelles entre les parties, de leurs différentes méthodes de communication et des négociations qui ont précédé la signature des traités l'a amené à conclure qu'il n'y avait eu ni malentendu ni absence d'accord entre les Britanniques et les Mi'kmaq sur le fait que les activités commerciales prévues par les traités devaient être exercées conformément aux conditions de la clause relative au commerce. Après avoir tiré cette conclusion, le juge du procès a repris l'examen du contexte historique pour interpréter le contenu de ces conditions, conformément à l'intention commune des parties. À mon avis, l'approche suivie par le juge du procès pour interpréter les traités de 1760 et 1761 est conforme aux principes qui régissent l'interprétation des traités. Avec les plus grands égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Binnie, je ne crois pas que le juge du procès a commis une erreur.

B. *Do the Treaties of 1760-61 Grant a General Right to Trade?*

85

At trial, the appellant argued that the treaty trade clause conferred on the Mi'kmaq a general trading right. The trial judge rejected this submission, finding that the treaties conferred only a limited "right to bring" goods to truckhouses and licensed traders to trade. The Court of Appeal went even further, finding that the treaties conferred no trade right at all. Before this Court, the appellant once again advances the argument that the Treaties of 1760-61 conferred a general trade right on the Mi'kmaq.

86

Before addressing whether the words of the treaties, taken in their historic and cultural context support a general treaty right to trade, it is necessary to distinguish between a right to trade under the law applicable to all citizens, and a treaty right to trade. All inhabitants of the province of Nova Scotia or Acadia enjoyed a general right to trade. No treaty was required to confer such a right as it vested in all British subjects. The Mi'kmaq, upon signing the Treaties of 1760-61 and thereby acknowledging the jurisdiction of the British king over Nova Scotia, automatically inherited this general right. This public right must be distinguished from the asserted treaty right to trade. Treaty rights are by definition special rights conferred by treaty. They are given protection over and above rights enjoyed by the general populace. Only rights conferred by treaty are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. I note that while rights enjoyed by the general populace can be included in treaties, where this occurs, they become separate and distinct treaty rights subject to a higher level of protection. The appellant in this case must establish a distinct treaty right if he is to succeed.

B. *Les traités de 1760 et 1761 confèrent-ils un droit général de commercer?*

Au procès, l'appelant a plaidé que la clause des traités relative au commerce conférait aux Mi'kmaq un droit général de commercer. Le juge du procès a rejeté cet argument, concluant que les traités n'avait accordé qu'un «droit [limité] d'apporter» des marchandises aux maisons de troc et aux commerçants patentés pour en faire le commerce. La Cour d'appel est allée encore plus loin, jugeant que les traités ne conféraient aucun droit de commercer que ce soit. Devant notre Cour, l'appelant a une fois de plus avancé l'argument que les traités de 1760 et 1761 conféraient aux Mi'kmaq un droit général de commercer.

Avant d'aborder la question de savoir si le texte des traités, considérés dans leur contexte historique et culturel, étaye l'existence d'un droit général de commercer, il est nécessaire de distinguer entre le droit de commercer fondé sur les lois applicables à l'ensemble des citoyens et un droit de commercer issu d'un traité. Tous les habitants des colonies de Nouvelle-Écosse et d'Acadie jouissaient d'un droit général de commercer. Aucun traité n'était nécessaire pour conférer ce droit qui était reconnu à tous les sujets britanniques. En signant les traités de 1760 et 1761 et, ce faisant, en reconnaissant la souveraineté du roi britannique en Nouvelle-Écosse, les Mi'kmaq ont automatiquement hérité de ce droit général. Ce droit public de commercer doit être distingué du droit de commercer issu de traité qui est invoqué. Les droits issus de traité sont, par définition, des droits spéciaux conférés par traité. On leur accorde une protection supérieure à celle reconnue aux droits dont jouit la population en général. Seuls les droits conférés par traité sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je signale que, bien que des droits dont jouit la population en général puissent être inclus dans un traité, lorsque cela se produit, ils deviennent alors des droits distincts, issus de traité et jouissant d'une protection accrue. Pour avoir gain de cause en l'espèce, l'appelant doit établir l'existence d'un droit issu de traité particulier.

(1) The Wording of the Trade Clause

This brings me to the words of the treaty trade clause. It states:

And I do further engage that we will not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with such persons or the managers of such Truck houses as shall be appointed or Established by His Majesty's Governor at [insert location of closest truck house] or Elsewhere in Nova Scotia or Accadia.

The clause is short, the words simple. The Mi'kmaq covenant that they will “not traffick, barter or Exchange any Commodities in any manner but with [British agents]” (emphasis added). The core of this clause is the obligation on the Mi'kmaq to trade only with the British. Ancillary to this is the implied promise that the British will establish truckhouses where the Mi'kmaq can trade. These words do not, on their face, confer a general right to trade.

The next question is whether the historic and cultural context in which the treaties were made establishes a general right to trade, having due regard for the need to interpret treaty rights generously. I will deal first with the linguistic and cultural differences between the parties, then with the historical record generally.

(2) Cultural and Linguistic Considerations

The trial judge found that there was no misunderstanding or lack of agreement between the British and the Mi'kmaq that trade under the treaties was to be carried out in accordance with the terms of the trade clause, and that the Mi'kmaq understood those terms. He addressed and discounted the possibility that the French-speaking Mi'kmaq might not have understood the English treaty terms. The record amply supports this conclusion.

(1) Le texte de la clause relative au commerce

Cela nous amène à la clause du traité relative au commerce, qui est libellée ainsi:

[TRADUCTION] Et je prends en outre l'engagement que nous ne trafiquerons, ne troquerons et n'échangerons aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec les personnes ou les gérants des maisons de troc qui seront désignées ou établies par le gouverneur de Sa Majesté à [indiquer l'endroit où se trouve la maison de troc la plus proche] ou ailleurs en Nouvelle-Écosse ou en Acadie.

Cette clause est brève et rédigée en termes simples. Les Mi'kmaq conviennent qu'ils «ne trafiquer[ont], ne troquer[ont] et n'échanger[ont] aucune marchandise, de quelque manière que ce soit, si ce n'est avec [les agents anglais]» (je souligne). L'élément central de cette clause est l'obligation faite aux Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques. Constitue un aspect accessoire à cette obligation la promesse implicite que les Britanniques établiront des maisons de troc où les Mi'kmaq pourront commercer. Ces mots ne confèrent pas, à première vue, un droit général de commercer.

La question suivante consiste à déterminer si le contexte historique et culturel de la signature des traités établit l'existence d'un droit général de commercer, eu égard, comme il se doit, à la nécessité d'interpréter généreusement les droits issus de traités. Je vais d'abord examiner les différences linguistiques et culturelles qui existent entre les parties, puis la preuve de nature historique en général.

(2) Les considérations culturelles et linguistiques

Le juge du procès a estimé qu'il n'y avait pas de malentendu ou d'absence d'accord entre les Britanniques et les Mi'kmaq sur le fait que les échanges commerciaux envisagés par les traités devaient se faire conformément aux conditions de la clause relative au commerce de chaque document, et que les Mi'kmaq avaient compris ces conditions. Il a examiné et rejeté la possibilité que les Mi'kmaq, qui parlaient le français, n'aient pas

87

88

89

French missionaries, long allied with the Mi'kmaq, were employed by the British as interpreters in the treaty negotiations. In the course of the negotiations, the Mi'kmaq were referred to an earlier treaty entered into by the Maliseet and Passamaquody, containing a similar trade clause in French. Some of the Mi'kmaq appeared to have acquired English; the records speak of Paul Laurent of LaHave, a Mi'kmaq Sakamow and one of the first signatories, as speaking English. More generally, by the time the Treaties of 1760-61 were entered into, the record suggests that the Mi'kmaq had developed an understanding of the importance of the written word to the British in treaty-making and had a sufficiently sophisticated knowledge of the treaty-making process to compare and discern the differences between treaties. The trial judge was amply justified in concluding that the Mi'kmaq understood the treaty process as well as the particular terms of the treaties they were signing. There is nothing in the linguistic or cultural differences between the parties to suggest that the words of the trade clause were not fully understood or appreciated by the Mi'kmaq.

(3) The Historical Context and the Scope of the Trade Clause

90

After a meticulous review of the historical evidence, the trial judge concluded that: (1) the Treaties of 1760-61 were primarily peace treaties, cast against the background of both a long struggle between the British and the French in which the Mi'kmaq were allied with the French, and over a decade of intermittent hostilities between the British and the Mi'kmaq; (2) the French defeat and withdrawal from Nova Scotia left the Mi'kmaq to co-exist with the British without the presence of their former ally and supplier; (3) the Mi'kmaq were accustomed to and in some cases dependent on trade for firearms, gunpowder, food and European trade goods; and (4) the British wanted peace and a safe environment for settlers and, despite

compris les conditions des traités, qui étaient rédigés en anglais. Le dossier étaye amplement cette conclusion. Des missionnaires français, longtemps alliés des Mi'kmaq, ont été engagés par les Britanniques comme interprètes durant la négociation des traités. Dans le cours de ces négociations, on a renvoyé les Mi'kmaq à un traité antérieur conclu par les Maliseet et les Passamaquody et comportant une clause analogue en français. Il semble que certains Mi'kmaq avaient appris l'anglais; des documents d'archives font état d'un certain Paul Laurent de LaHave, Mi'kmaq Sakamow et un des premiers signataires, qui aurait parlé l'anglais. De façon plus générale, la preuve tend à indiquer que, à l'époque de la conclusion des traités de 1760 et 1761, les Mi'kmaq comprenaient l'importance de l'écrit pour les Britanniques dans la négociation et la conclusion des traités, et qu'ils avaient une connaissance suffisamment poussée de ce processus pour être en mesure de comparer les traités et de saisir les différences. Le juge du procès était amplement justifié de conclure que les Mi'kmaq avaient compris le processus de négociation ainsi que les conditions particulières des traités qu'ils signaient. Rien dans les différences linguistiques ou culturelles entre les parties ne tend à indiquer que les Mi'kmaq n'ont pas bien compris le texte de la clause relative au commerce ou saisi pleinement sa portée.

(3) Le contexte historique et la portée de la clause relative au commerce

Après avoir analysé méticuleusement la preuve historique, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes: (1) les traités de 1760 et 1761 étaient essentiellement des traités de paix, ayant pour toile de fond la longue lutte ayant opposé les Britanniques et les Français, dont les Mi'kmaq étaient les alliés, et plus d'une décennie d'hostilités intermittentes entre les Britanniques et les Mi'kmaq; (2) la défaite des Français et leur retrait de la Nouvelle-Écosse ont fait en sorte que les Mi'kmaq ont coexisté avec les Britanniques, sans la présence de leurs anciens alliés et fournisseurs; (3) les Mi'kmaq avaient l'habitude de commercer — et dans certains cas dépendaient de ce commerce — pour se procurer des armes à feu, de la poudre, de la

recent victories, did not feel completely secure in Nova Scotia.

Considering the wording of the trade clause in this historical context, the trial judge concluded that it was not within the common intention of the parties that the treaties granted a general right to trade. He found that at the time of entering the treaties, the Mi'kmaq wanted to secure peace and continuing access to European trade goods. He described the Mi'kmaq concerns at the time as very focussed and immediate. The British, for their part, wanted peace in the region to ensure the safety of their settlers. While the British were willing to support the costly truckhouse system to secure peace, they did not want the Mi'kmaq to become a long-term burden on the public treasury. To this end, the trial judge found that the British wanted the Mi'kmaq to continue their traditional way of life. The trial judge found that the interpretation of the treaty trade clause which best reconciled the intentions of both parties was that the trade clause imposed an obligation on the Mi'kmaq to trade only at British truckhouses or with licensed traders, as well as a correlative obligation on the British to provide the Mi'kmaq with such trading outlets so long as this restriction on Mi'kmaq trade existed. This correlative obligation on the British gave rise to a limited Mi'kmaq "right to bring" goods to trade at these outlets. When the British ceased to provide trading outlets to the Mi'kmaq, the restriction on their trade fell as did the limited "right to bring" which arose out of the system of mutual obligations.

Although trade was central to the Treaties of 1760-61, it cannot be doubted that achieving and securing peace was the preeminent objective of both parties in entering into the treaties. See: "As

nourriture et des marchandises européennes; (4) les Britanniques désiraient assurer la paix et un environnement sûr pour les colons et, malgré leurs récentes victoires, ils ne se sentaient pas totalement en sécurité en Nouvelle-Écosse.

Considérant le texte de la clause relative au commerce dans ce contexte historique, le juge du procès a conclu que l'intention commune des parties n'était pas de conférer un droit général de commercer par les traités. Il a estimé que, au moment de la signature, les Mi'kmaq voulaient la paix et un accès continu aux marchandises européennes. Selon lui, les Mi'kmaq avaient alors des préoccupations très précises et immédiates. Pour leur part, les Britanniques voulaient instaurer la paix dans la région pour assurer la sécurité de leurs colons. Même s'ils étaient disposés à supporter le coût élevé du régime des maisons de troc pour obtenir la paix, les Britanniques ne souhaitaient pas que les Mi'kmaq grèvent à long terme le Trésor public. Voilà pourquoi le juge du procès a conclu que les Britanniques souhaitaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie traditionnel. Il a jugé que l'interprétation du traité qui conciliait le mieux les intentions des deux parties était que la clause relative au commerce imposait aux Mi'kmaq, d'une part, l'obligation de commercer uniquement aux maisons de troc britanniques ou avec des commerçants patentés, et aux Britanniques, d'autre part, l'obligation corrélatrice de mettre des maisons de troc à la disposition des Mi'kmaq tant qu'existerait cette restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq. Cette obligation corrélatrice des Britanniques a conféré aux Mi'kmaq un «droit [limité] d'apporter» des marchandises à ces maisons pour en faire le commerce. Lorsque les Britanniques ont cessé de mettre des maisons de troc à la disposition des Mi'kmaq, la restriction à leurs activités commerciales a disparu, tout comme le «droit [limité] d'apporter» des marchandises auquel avait donné naissance le régime d'obligations mutuelles.

Même si la question du commerce était au cœur des traités de 1760 et 1761, il ne fait aucun doute que l'objectif principal des deux parties en signant les traités était d'instaurer une paix durable. Voir:



*Long as the Sun and Moon Shall Endure*": A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783 (1986), at pp. 101-2; The MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, "We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made": A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations (1992), at pp. 23-24, 31-34 and 90; and L. F. S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867* (1979), at p. 63.

«*As Long as the Sun and Moon Shall Endure*»: A Brief History of the Maritime First Nations Treaties, 1675 to 1783 (1986), aux pp. 101 et 102; The MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, «*We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made*»: A Written Joint Assessment of Historical Materials . . . Relative to Dummer's Treaty of 1725 and All Other Related or Relevant Maritime Treaties and Treaty Negotiations (1992), aux pp. 23 et 24, 31 à 34 et 90; et L. F. S. Upton, *Micmacs and Colonists: Indian-White Relations in the Maritimes, 1713-1867* (1979), à la p. 63.

93

The desire to establish a secure and successful peace led each party to make significant concessions. The Mi'kmaq accepted that forging a peaceful relationship with the British was essential to ensuring continued access to European trade goods and to their continued security in the region. To this end, the Mi'kmaq agreed to limit their autonomy by trading only with the British and ceasing all trading relations with the French. Agreeing to restricted trade at truckhouses made the limit on Mi'kmaq autonomy more palatable as truckhouses were recognized as vehicles for stable trade at guaranteed and favourable terms. See: O. P. Dickason, "Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763", *American Indian Culture and Research Journal*, X (1986), 31, at p. 46; and MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *supra*, at pp. 23, 31 and 32.

Le désir des parties d'instaurer une paix durable et fructueuse les a amenées à faire d'importantes concessions. Les Mi'kmaq ont reconnu qu'il leur était essentiel de nouer des relations pacifiques avec les Britanniques pour s'assurer un accès continu aux marchandises européennes et garantir leur sécurité dans la région. À cette fin, ils ont accepté de limiter leur autonomie en ne commerçant qu'avec les Britanniques et en cessant toutes relations commerciales avec les Français. L'existence des maisons de troc rendait la restriction de leurs activités commerciales plus acceptable pour les Mi'kmaq puisque ces établissements étaient considérés comme un moyen d'assurer la stabilité du commerce et de garantir des conditions favorables; voir O. P. Dickason, «Amerindians Between French and English in Nova Scotia, 1713-1763», *American Indian Culture and Research Journal*, X (1986), 31, à la p. 46; et MAWIW District Council and Indian and Northern Affairs Canada, *op. cit.*, aux pp. 23, 31 et 32.

94

The British, for their part, saw continued relations between the Mi'kmaq and the French as a threat to British dominance in the region and to British-Mi'kmaq relations. Although the fall of the French in 1760 established British power in the region, the trial judge concluded, at para. 90, that the British "did not feel completely secure in Nova Scotia". Evidence submitted at trial indicated that the British feared the possibility of a renewed military alliance between the Mi'kmaq and the French as late as 1793. These concerns of the British are reflected in the Treaties of 1760-61, which, in addition to restricting Mi'kmaq trade, prevent the

Pour leur part, les Britanniques considéraient la poursuite des rapports entre les Mi'kmaq et les Français comme une menace à leur suprématie dans la région et à leurs relations avec les Mi'kmaq. Même si la défaite des Français en 1760 avait permis aux Britanniques d'asseoir leur pouvoir dans la région, le juge du procès a conclu, au par. 90, que les Britanniques [TRADUCTION] «ne se sentaient pas totalement en sécurité en Nouvelle-Écosse». La preuve présentée au procès indique que, même en 1793, les Britanniques craignaient le renouvellement éventuel de l'alliance militaire entre Mi'kmaq et Français. Ces inquiétudes se

Mi'kmaq from attacking British settlers and from assisting any of the Crown's enemies. The British were also acutely aware that trading between unregulated private traders and the Mi'kmaq was often unfair and the cause of many disruptions of the peace. Preventing such disruptive practices was a central concern of the Nova Scotia governors and the British Board of Trade who hoped to cement the fragile peace in the region.

To secure the peace, the British therefore required the Mi'kmaq to trade only at truckhouses, even though truckhouses ran counter to the British policy not to place the Crown in a monopolistic trading position and imposed a significant financial burden on the public purse. The Nova Scotia government in "Remarks on the Indian Commerce Carried on by the Government of Nova Scotia 1760, 1761 and part of 1762", expressed the view that the benefits of "Settling [of] the Province and securing the Peace of the New Settlers" were "much more than an Equivalent for any exceedings" in cost (see: R. O. MacFarlane, "Indian Trade in Nova Scotia to 1764", *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association with Historical Papers* (1935), 57, at pp. 59-60; Upton, *supra*, at p. 63; J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (1981), at p. 278; W.E. Daugherty, *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective* (1983); and "We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made . . .", *supra*, at p. 90. On British policy see: Letter from the British Board of Trade to Lieutenant Governor Belcher, March 3, 1761, and June 23, 1761; Board of Trade and Privy Council Minutes, June 23 and July 2, 1761).

reflètent dans les traités de 1760 et 1761 qui non seulement restreignent les activités commerciales des Mi'kmaq, mais prévoient également que ceux-ci devront s'abstenir d'attaquer les colons britanniques et de collaborer avec les ennemis de Sa Majesté. Les Britanniques savaient aussi très bien que le commerce entre les Mi'kmaq et des commerçants privés échappant à toute réglementation était souvent à l'origine de situations inéquitables et de nombreux troubles de la paix. Mettre fin à ces pratiques nuisibles était au cœur des préoccupations des gouverneurs de la Nouvelle-Écosse et du ministère du commerce (*Board of Trade*) britannique, qui souhaitaient consolider la paix encore fragile dans la région.

Pour assurer la paix, les Britanniques ont donc exigé des Mi'kmaq qu'ils commercent uniquement aux maisons de troc, même si l'existence de tels établissements allait à l'encontre de leur politique qui était de ne pas placer la Couronne en position de monopole, et grevait en outre considérablement le Trésor britannique. Dans ses «Remarks on the Indian Commerce Carried on by the Government of Nova Scotia 1760, 1761 and part of 1762», le gouvernement de la Nouvelle Écosse a exprimé l'opinion que les avantages qu'apportaient la [TRANSDUCTION] «colonisation [de] la province et le fait d'assurer la paix pour les nouveaux colons» avaient pour effet de «plus que compenser tout dépassement» des dépenses (voir: R. O. MacFarlane, «Indian Trade in Nova Scotia to 1764», *Report of the Annual Meeting of the Canadian Historical Association with Historical Papers* (1935), 57, aux pp. 59 et 60; Upton, *op. cit.*, à la p. 63; J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763 and an Analysis of the Royal Proclamation of 7 October 1763* (1981), à la p. 278; W.E. Daugherty, *Historique des traités avec les Indiens des Maritimes* (1983); et «We Should Walk in the Tract Mr. Dummer Made . . .», *op. cit.*, à la p. 90. Relativement à la politique britannique, voir: Lettre du ministère du Commerce britannique au lieutenant-gouverneur Belcher, 3 mars 1761, et 23 juin 1761; Procès-verbal du ministère du Commerce et du Conseil privé, 23 juin et 2 juillet 1761).

96

To achieve the mutually desired objective of peace, both parties agreed to make certain concessions. The Mi'kmaq agreed to forgo their trading autonomy and the general trading rights they possessed as British subjects, and to abide by the treaty trade regime. The British, in exchange, undertook to provide the Mi'kmaq with stable trading outlets where European goods were provided at favourable terms while the exclusive trade regime existed. This is the core of what the parties intended. The wording of the trade clause, taken in its linguistic, cultural and historical context, permits no other conclusion. Both the Mi'kmaq and the British understood that the "right to bring" goods to trade was a limited right contingent on the existence of a system of exclusive trade and truckhouses. On the historical record, neither the Mi'kmaq nor the British intended or understood the treaty trade clause as creating a general right to trade.

Pour réaliser leur objectif mutuel, en l'occurrence la paix, les deux parties ont donc convenu de certaines concessions. Les Mi'kmaq ont renoncé à leur autonomie commerciale et aux droits généraux de commercer qu'ils possédaient en tant que sujets britanniques, et ils ont accepté d'être liés par le régime commercial établi par les traités. En contrepartie, les Britanniques se sont engagés à établir des maisons de troc stables où il était possible de se procurer des marchandises européennes à des conditions favorables, tant que durerait le régime de commerce exclusif. Voilà essentiellement quelle était l'intention des parties. Considéré dans son contexte linguistique, culturel et historique, le texte de la clause relative au commerce ne permet pas d'autre conclusion. Il était entendu, tant par les Mi'kmaq que par les Britanniques, que le «droit d'apporter» des marchandises pour en faire le commerce était un droit limité, subordonné à l'existence du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Suivant la preuve historique, ni les Mi'kmaq ni les Britanniques n'entendaient créer par cette clause un droit général de commercer ou ne considéraient qu'elle avait cet effet.

97

The parties' pre-treaty negotiations and post-treaty conduct point to the same conclusion. I turn first to the pre-treaty negotiations. British negotiations with the Mi'kmaq took place against the background of earlier negotiations with the Maliseet and Passamaquody on February 11, 1760. These negotiations led to the treaty of February 23, 1760, the first of the 1760-61 Treaties. When Mi'kmaq representatives came to negotiate peace with the British 18 days later on February 29, 1760, they were informed of the treaty entered into by the Maliseet and Passamaquody and agreed to make peace on the same conditions. The minutes record that at the very outset of the February 11, 1760, meeting, the Maliseet and Passamaquody representatives were informed:

Les négociations qu'ont tenues les parties en vue de conclure les traités ainsi que leur conduite après leur signature tendent à la même conclusion. Examinons d'abord les négociations préalables aux traités. Les négociations entre les Britanniques et les Mi'kmaq ont eu comme toile de fond les négociations qui s'étaient déroulées plus tôt, le 11 février 1760, avec les Maliseet et les Passamaquody, et qui avaient débouché sur le premier des traités de 1760 et 1761, celui du 23 février 1760. Lorsque des représentants des Mi'kmaq sont venus négocier un accord de paix avec les Britanniques 18 jours plus tard, soit le 29 février 1760, ils ont été informés de l'existence du traité intervenu avec les Maliseet et les Passamaquody et ils ont accepté de faire la paix aux mêmes conditions. Le procès-verbal de la rencontre du 11 février 1760 celle-ci révèle qu'au tout début, les représentants des Maliseet et des Passamaquody ont été informés:

... that it was now expected that they should engage, in behalf of their Tribes, that they will not aid or assist any

[TRADUCTION] ... qu'on s'attend[ait] désormais à ce qu'ils s'engagent, au nom de leurs tribus, à n'apporter

of His Majesty's Enemies, nor hold any Correspondence or Commerce with them.

The Maliseet and Passamaquody consented to this term of trade exclusivity. After some discussion about "hostages" the following exchange took place:

His Excellency then demanded of them, Whether they were directed by their Tribes, to propose any other particulars to be Treated upon at this Time. To which they replied that their Tribes had not directed them to propose any thing further than that there might be a Truckhouse established, for the furnishing them with necessaries, in Exchange for their Peltry, and that it might, at present, be at Fort Frederick.

Upon which His Excellency acquainted them that in case of their now executing a Treaty in the manner proposed, and its being ratified at the next General Meeting of their Tribes the next Spring, a Truckhouse should be established at Fort Frederick, agreeable to their desire, and likewise at other Places if it should be found necessary, for furnishing them with such Commodities as shall be necessary for them, in Exchange for their Peltry & and that great care should be taken, that the Commerce at the said Truckhouses should be managed by Persons on whose Justice and good Treatment, they might always depend; and that it would be expected that the said Tribes should not Traffic or Barter and Exchange any Commodities at any other Place, nor with any other Persons. Of all which the Chiefs expressed their entire Approbation. [Nova Scotia Executive Council Minutes, February 11, 1760.]

The pre-treaty negotiations between the British and the Maliseet and the Passamaquody, indicate that the aboriginal leaders requested truckhouses in response to their accommodation of the British desire for restricted trade. The negotiations also indicate that the British agreed to furnish truckhouses where necessary to ensure that the Maliseet and the Passamaquody could continue to acquire commodities and necessities through trade. The negotiations highlight the concessions that both the aboriginal and the British signatories made in order to secure the mutually desired objective of peace. The negotiations also indicate that both parties understood that the treaties

aucun secours ni assistance que ce soit aux ennemis de Sa Majesté et à s'abstenir de toute correspondance ou commerce avec ces derniers.

Les Maliseet et les Passamaquody ont accepté la condition d'exclusivité commerciale. Après une discussion sur la question des «otages», l'échange suivant a eu lieu:

[TRADUCTION] Son Excellence leur a ensuite demandé s'ils avaient été mandatés par leurs tribus pour proposer autre chose à ce moment. Ce à quoi ils ont répondu que leurs tribus ne les avaient pas mandatés pour proposer autre chose que l'établissement d'une maison de troc afin de leur fournir des biens nécessaires, en échange de leurs pelleteries, ce poste pouvant, dans l'immédiat, être situé à Fort Frederick.

Son Excellence les a assurés que s'ils signaient maintenant un traité en la manière proposée et s'ils en obtenaient la ratification à la prochaine assemblée générale de leurs tribus au printemps suivant, une maison de troc serait établie à Fort Frederick, selon leur souhait, ainsi qu'à d'autres endroits, si cela était jugé nécessaire pour leur fournir les biens dont ils pourraient avoir besoin, en échange de leurs pelleteries, et qu'il serait fait en sorte que le commerce aux maisons de troc relève de personnes dont ils puissent toujours attendre un traitement juste et équitable; en outre, lesdites tribus devraient s'abstenir de trafiquer, de troquer ou d'échanger quelque marchandise que ce soit à tout autre endroit ou avec toute autre personne. Ce à quoi les chefs ont donné leur assentiment sans réserve. [Procès-verbal du Conseil de la Nouvelle-Écosse, 11 février 1760.]

Les négociations qui ont précédé les traités intervenus entre les Britanniques, d'une part, et les Maliseet et les Passamaquody, d'autre part, révèlent que les chefs autochtones ont exigé l'établissement de maisons de troc en contrepartie de leur acquiescement à la limitation du commerce souhaitée par les Britanniques. Elles indiquent en outre que ces derniers ont accepté d'établir des maisons de troc là où ce serait nécessaire pour que Maliseet et Passamaquody puissent continuer de se procurer, par voie d'échange, des biens de première nécessité et d'autres marchandises. Elles font ressortir les concessions que les signataires autochtones et britanniques ont faites en vue de la réalisation de l'objectif commun des parties, l'instauration de la paix. Les négociations indi-

granted a specific, and limited, right to bring goods to truckhouses to trade.

99 This finding is confirmed by the post-treaty conduct of the Mi'kmaq and the British. Neither party's conduct is consistent with an expectation that the treaty granted the Mi'kmaq any trade right except the implied "right to bring" incidental to their obligation to trade exclusively with the British. Soon after the treaties were entered into, the British stopped insisting that the Mi'kmaq trade only with them. The British replaced the expensive truckhouses with licensed traders in 1762. The system of licensed traders, in turn, died out by the 1780s. Mi'kmaq adherence to the exclusive trade and truckhouse regime was also ambiguous. Records exist of Mi'kmaq trade with the French on the islands of St. Pierre and Miquelon in 1763 and again in 1767: Upton, *supra*, at pp. 64-65.

100 The fall of the licensed trading system marked the fall of the trading regime established under the Treaties. This left the Mi'kmaq free to trade with whomever they wished, like all other inhabitants of the colonies. The British expressly confirmed that the obligation on the aboriginal signatories to trade exclusively with the British fell with the demise of the truckhouse and licensed trader system at a meeting between two Maliseet Sakamows and the Lieutenant Governor of Nova Scotia on July 18, 1768:

Chiefs

9.

We shall be glad that the Prices of Goods were regulated, as formerly, for Beaver skins were Sold at a better price than some people will now give for them.

quent également que les parties comprenaient que les traités accordaient un droit précis et limité, celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce.

Cette conclusion est confirmée par la conduite des Mi'kmaq et des Britanniques après la signature des traités. En effet, aucune des parties ne s'est comportée d'une manière compatible avec une quelconque attente que le traité conférait aux Mi'kmaq un droit de commercer, si ce n'est le «droit d'apporter» des marchandises qui découle implicitement de leur obligation de commercer uniquement avec les Britanniques. Peu après la conclusion des traités, les Britanniques ont cessé d'exiger que les Mi'kmaq commercent uniquement avec eux. En 1762, soit un an après la signature des traités, ils ont remplacé les coûteuses maisons de troc par des commerçants patentés. Le régime des commerçants patentés a à son tour disparu au cours des années 1780. L'adhésion des Mi'kmaq au régime de commerce exclusif et de maisons de troc a été tout aussi ambivalente. Il existe des documents attestant que les Mi'kmaq ont commercé avec les Français aux îles Saint-Pierre-et-Miquelon en 1763, puis à nouveau en 1767: Upton, *op. cit.*, aux pp. 64 et 65.

La fin du système des commerçants patentés a marqué celle du régime commercial établi par les traités. Les Mi'kmaq étaient de ce fait libres de commercer avec qui ils voulaient, à l'instar de tous les autres habitants des colonies. Lors d'une rencontre entre deux Maliseet Sakamows et le lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse le 18 juillet 1768, les Britanniques ont expressément confirmé que l'obligation des signataires autochtones de commercer uniquement avec eux s'était éteinte avec la fin du système des maisons de troc et des commerçants patentés:

[TRADUCTION]

Chefs

9.

Nous aimerions que les prix des marchandises soient réglementés, comme auparavant, car les peaux de castor se vendaient à meilleur prix que ce qu'en offrent actuellement certaines personnes.

## Answer

There is no Restriction on your Trade you may Traffick with those who sell Cheapest, which will be more for your Interest than limiting the Price of Beaver.

(Nova Scotia Executive Council Minutes, July 18, 1768.)

The record thus shows that within a few years of the signing of the Treaty, the Mi'kmaq treaty obligation to trade only with the British fell into disuse and with it the correlative British obligation to supply the Mi'kmaq with trading outlets. Both parties contributed to the demise of the system of mutual obligations and, apart from a lament that prices were better regulated under the truckhouse system, neither seems to have mourned it. The exclusive trade and truckhouse system was a temporary mechanism to achieve peace in a troubled region between parties with a long history of hostilities. To achieve this elusive peace, the parties agreed that the trading autonomy possessed by all British subjects would be taken away from the Mi'kmaq, and that compensation for the removal of this right would be provided through the provision of preferential and stable trade at truckhouses. When the restriction on the Mi'kmaq trade fell, the need for compensation for the removal of their trading autonomy fell as well. At this point, the Mi'kmaq were vested with the general non-treaty right to hunt, to fish and to trade possessed by all other British subjects in the region. The conditions supporting the right to bring goods to trade at truckhouses, as agreed to by both parties, ceased to exist.

The historical context, as the trial judge points out, supports the view that the British wanted the Mi'kmaq to maintain their traditional way of life and that trade was important to the Mi'kmaq. From this, Binnie J. suggests that the purpose of the treaty trading regime was to promote the self-sufficiency of the Mi'kmaq, and finds a treaty right

## Réponse

Vous n'êtes soumis à aucune restriction du commerce, vous pouvez commercer avec ceux qui vendent aux prix les plus bas, ce qui est davantage dans votre intérêt que la limitation du prix du castor.

(Procès-verbal du Conseil exécutif de la Nouvelle-Écosse, 18 juillet 1768.)

Il ressort donc du dossier que, quelques années après la signature du traité, l'obligation des Mi'kmaq de ne commercer qu'avec les Britanniques est tombée en désuétude, tout comme l'obligation corrélatrice des Britanniques d'établir des postes de traite à l'intention des Mi'kmaq. Les deux parties ont contribué à l'extinction de l'obligation et, outre la doléance selon laquelle les prix étaient meilleurs lorsqu'ils étaient réglementés du temps des maisons de troc, ni l'une ni l'autre ne semblent avoir eu de regrets. Le régime de commerce exclusif et de maisons de troc était une mesure temporaire, qui visait à instaurer la paix dans une région perturbée et qui avait été convenue par des parties ayant depuis longtemps des rapports hostiles. Pour réaliser cette paix évasive, les parties ont convenu que les Mi'kmaq seraient privés de l'autonomie commerciale dont jouissent tous les sujets britanniques, mais que, en contrepartie de la perte de ce droit, on leur accorderait la possibilité de commercer à des maisons de troc sur une base stable et préférentielle. Lorsque la restriction aux activités commerciales des Mi'kmaq a cessé d'exister, la nécessité de compenser le retrait de leur autonomie commerciale a elle aussi disparu. Les Mi'kmaq ont dès lors acquis le droit général — non issu de traité — de chasser, de pêcher et de commercer que possédaient tous les sujets britanniques de la région. Les conditions justifiant le droit d'apporter des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce, dont avaient convenu les parties, avaient cessé d'exister.

Comme le souligne le juge du procès, le contexte historique étaye l'opinion que les Britanniques voulaient que les Mi'kmaq conservent leur mode de vie traditionnel et que le commerce était important pour les Mi'kmaq. Partant, le juge Binnie estime que le régime commercial établi par les traités avait pour objet de favoriser l'autosuffi-

101

102

to hunt, to fish, and to trade for sustenance. Yet, with respect, the historical record does not support this inference. The dominant purpose of the treaties was to prevent the Mi'kmaq from maintaining alliances with the French. To this end, the British insisted on a treaty term that the Mi'kmaq trade exclusively with British agents at British trading outlets — the truckhouses. Implicit in this is the expectation that the Mi'kmaq would continue to trade. But it does not support the inference that the treaty clause conveyed a general right to trade and to sustenance. The treaty reference to the right to bring goods to truckhouses was required by and incidental to the obligation of the Mi'kmaq to trade with the British, and cannot be stretched to embrace a general treaty right to trade surviving the exclusive trade and truckhouse regime. To do so is to transform a specific right agreed to by both parties into an unintended right of broad and undefined scope.

sance des Mi'kmaq, et il conclut à l'existence d'un droit issu de traité de chasser, de pêcher et de commercer à des fins de subsistance. Toutefois, avec égards, le dossier historique n'étaye pas cette inférence. L'objet dominant des traités était d'empêcher les Mi'kmaq de maintenir des alliances avec les Français. À cette fin, les Britanniques ont exigé que les traités renferment une clause obligeant les Mi'kmaq à commercer exclusivement avec des agents britanniques, à des établissements britanniques — les maisons de troc. Il en découle implicitement qu'on s'attendait à ce que les Mi'kmaq continuent de commercer. Mais cela n'étaye pas l'inférence que cette clause des traités a conféré un droit général de commercer à des fins de subsistance. La mention dans les traités du droit d'apporter des marchandises aux maisons de troc était nécessaire en raison de l'obligation faite aux Mi'kmaq de commercer avec les Britanniques et elle était accessoire à cette obligation, de plus elle ne saurait être considérée comme englobant un droit général de commercer issu de traité qui aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Une telle interprétation aurait pour effet de transformer un droit précis dont les deux parties ont convenu en un droit non envisagé, de portée générale et indéfinie.

103

The importance of trade to the Mi'kmaq was recognized in two ways. First, as discussed above, so long as the Mi'kmaq were bound to an exclusive covenant of trade with the British, the British promised to provide the Mi'kmaq with truckhouses at which they could trade on favourable terms and obtain the European products they desired. Second, as noted, upon entering into a treaty with the British and acknowledging the sovereignty of the British king, the Mi'kmaq automatically acquired all rights enjoyed by other British subjects in the region. Although these rights were supplanted by the exclusive trade and truckhouse regime while it was extant, when this regime came to an end, the Mi'kmaq trading interest continued to be protected by the general laws of the province under which the Mi'kmaq were free to trade with whomever they wished.

L'importance du commerce pour les Mi'kmaq a été reconnue de deux façons. Premièrement, comme nous l'avons vu précédemment, tant que les Mi'kmaq étaient tenus de commercer uniquement avec les Britanniques, ces derniers devaient mettre à leur disposition des maisons de troc où ils pouvaient commercer à des conditions favorables et se procurer les marchandises européennes qu'ils désiraient. Deuxièmement, comme je l'ai signalé, en signant un traité avec les Britanniques et en reconnaissant la souveraineté du roi britannique, les Mi'kmaq acquéraient d'office les droits dont jouissaient les autres sujets britanniques de la région. Même si, pendant qu'il a existé, le régime de commerce exclusif et de maisons de troc a primé ces droits, lorsqu'il a disparu, le droit des Mi'kmaq de commercer est demeuré protégé par les lois d'application générale de la province, de sorte que les Mi'kmaq étaient libres de commercer avec qui ils voulaient.

I conclude that the trial judge did not err — indeed was manifestly correct — in his interpretation of the historical record and the limited nature of the treaty right that this suggests.

(4) The Argument on the Treaty of 1752

The appellant suggests that when the Treaties of 1760-61 are considered together with the earlier Treaty of 1752, the inference arises that the parties understood the trade clause of the later treaties to confer a general trade right on the Mi'kmaq. The Treaty of 1752 stated that “the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage” (emphasis added). These words, unlike the words of the Treaties of 1760-61, arguably confer a positive right to trade. The appellant admits that this broad right, if that is what it was, was supplanted by the quite different negative wording of the Treaties of 1760-61. However, he suggests that when the exclusive trade-truckhouse regime of the Treaties of 1760-61 fell into disuse, the more general trade right of the Treaty of 1752 was revived. The difficulty with this argument is that the Treaty of 1752 was completely displaced by the new Treaties of 1760-61, which pointedly made no reference to a general right to trade. Moreover, the different wording of the two treaties cannot be supposed to have gone unperceived by the parties. To conclude that the parties would have understood that a general right to trade would be revived in the event that the exclusive trade and truckhouse regime fell into disuse is not supportable on the historical record and is to “exceed what is possible on the language”, to paraphrase from *Sioui*, *supra*.

In summary, a review of the wording, the historical record, the pre-treaty negotiations between the British and the Maliseet and Passamaquody, as well as the post-treaty conduct of the British and

Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur — et, de fait, qu'il a manifestement eu raison — en interprétant le dossier historique comme il l'a fait et en concluant au caractère limité du droit accordé par les traités.

(4) L'argument fondé sur le Traité de 1752

L'appelant fait valoir que, si on examine les traités de 1760 et 1761 en corrélation avec le Traité de 1752, l'inférence qui se dégage est que les parties considéraient que la clause relative au commerce conféraient aux Mi'kmaq un droit général de commercer. Aux termes du Traité de 1752, [TRADUCTION] «les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelque autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose qu'ils auront à vendre et le tout à tel Avantage qu'ils en pourront tirer» (je souligne). Il est possible de prétendre que ces mots, contrairement à ceux utilisés dans les traités de 1760 et 1761, accordent un droit positif de commercer. L'appelant reconnaît que ce droit général, si c'est bien ce dont il s'agissait, a été supplanté par le libellé négatif et très différent des traités de 1760 et 1761. Toutefois, il suggère que la désuétude du régime de commerce exclusif et de maisons de troc établi par les traités de 1760 et 1761 a fait renaître le droit plus général de commercer prévu par le Traité de 1752. Toutefois, la difficulté que pose cet argument est que le Traité de 1752 a été entièrement remplacé par les nouveaux traités de 1760 et 1761, qui, fait significatif, ne font aucune mention d'un droit général de commercer. De plus, on ne peut supposer que les parties n'ont pas remarqué la différence de libellé entre les deux traités. La conclusion voulant que les parties auraient considéré qu'un droit général de commercer reprendrait effet si le régime de commerce exclusif et de maisons de troc tombait en désuétude n'est pas étayée par la preuve historique et, pour paraphraser *Sioui*, précité, revient à «aller plus loin que ce que permet le langage utilisé».

En résumé, l'examen du texte des traités, du dossier historique, des négociations qui ont précédé les traités entre les Britanniques d'une part et les Maliseet et les Passamaquody d'autre part,

104

105

106



the Mi'kmaq, support the trial judge's conclusion that the treaty trade clause granted only a limited "right to bring" trade goods to truckhouses, a right that ended with the obligation to trade only with the British on which it was premised. The trial judge's conclusion that the treaties granted no general trade right must be confirmed.

*C. Do the Treaties of 1760-61 Grant a Right to Government Trading Outlets?*

107

The appellant suggests both in the alternative and in addition, that the trial judge's decision makes it clear that the Treaties of 1760-61 granted a right to truckhouses or licensed traders which was breached by the government's failure to provide such outlets after the 1780s. In the absence of government outlets and any justification for the failure to provide them, the appellant suggests that the federal fisheries regulations are inconsistent with his right to a Mi'kmaq trade vehicle and therefore are null and void in their application to him and other treaty beneficiaries. This argument rests on one aspect of the trial judge's finding, while ignoring the other. Specifically, it asserts the right to truckhouses as an independent freestanding treaty right, while ignoring the finding that this was a dependent right to bring goods to truckhouses collateral to the obligation to trade exclusively with the British. It follows from the trial judge's finding that the "right to bring" goods to trade at truckhouses died with the exclusive trade obligation upon which it was premised, that the treaties did not grant an independent right to truckhouses which survived the demise of the exclusive trade system. This right therefore cannot be relied on in support of an argument of a trade right in the modern context which would exempt

ainsi que de la conduite des Britanniques et des Mi'kmaq après la signature des traités appuient la conclusion du juge du procès que la clause du traité relative au commerce n'accordait qu'un «droit [limité] d'apporter» des marchandises à échanger aux maisons de troc, droit qui a cessé d'exister en même temps que l'obligation dont il découlait, savoir celle de commercer uniquement avec les Britanniques. La conclusion du juge du procès selon laquelle les traités n'accordaient aucun droit général de commercer doit être confirmée.

*C. Les traités de 1760 et 1761 accordent-ils le droit à des postes de traite gouvernementaux?*

L'appelant soutient, tant à titre subsidiaire que supplétif, qu'il ressort clairement de la décision du juge du procès que les traités de 1760 et 1761 ont accordé le droit à l'établissement de maisons de troc ou à la désignation de commerçants patentés et que le gouvernement n'a pas respecté ce droit puisqu'il a cessé de fournir de tels mécanismes après les années 1780. Vu l'absence de postes de traite gouvernementaux et de toute justification de l'omission du gouvernement d'en établir, l'appelant fait valoir que la réglementation fédérale sur les pêches est incompatible avec son droit à un moyen de commercer en tant que Mi'kmaq et qu'elle est donc inapplicable à son égard ainsi qu'aux autres bénéficiaires des traités. Cet argument s'appuie sur un aspect de la conclusion du juge du procès tout en faisant abstraction de l'autre. Plus précisément, cet argument revendique le droit à des maisons de troc en tant que droit issu de traité autonome, sans tenir compte de la conclusion qu'il s'agissait d'un droit — celui d'apporter des marchandises aux maisons de troc — qui était tributaire de l'obligation de commercer exclusivement avec les Britanniques. Compte tenu de la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises aux maisons de troc pour en faire le commerce a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif sur laquelle il reposait, il s'ensuit que les traités n'ont pas accordé un droit indépendant à des maisons de troc qui aurait survécu à la disparition du régime de commerce exclusif. Par conséquent, ce droit ne peut être invoqué au soutien de l'argument voulant

the appellant from the application of the fisheries regulations.

Even if the appellant surmounted the trial judge's finding that the "right to bring" died with the exclusive trade obligation upon which it was premised, he has failed to establish how a breach of the obligation to provide trading outlets would exempt him from the federal fisheries regulations and, specifically, acquit him of illegally catching fish and illegally selling them to a private party. In my opinion, it is difficult to see how a government obligation to provide trading outlets could be stretched to include a treaty right to fish and a treaty right to trade the product of such fishing with private individuals. Even a broad conception of a right to government trading outlets does not take us to the quite different proposition of a general treaty right to take goods from the land and the sea and sell them to whomever one wishes.

This brings me to a variation on the appellant's argument of a right to trading outlets. When pressed on the exact nature and scope of the trade right asserted, the appellant at times seemed to suggest that this did not matter. A finding that the treaties granted a right to truckhouses or licensed traders, undefined as it might be in scope and modern counterpart, would shift the onus to the government to justify its failure to provide such trading outlets, he suggested. The absence of any justification would put the government in breach and preclude it from applying its regulations against the appellant.

The appeal of this argument cannot be denied. It engages, at a superficial glance, many of the concerns that underlie the principles of interpretation addressed at the outset of these reasons. The treaty rights of aboriginal peoples should be interpreted in a generous manner. The honour of the Crown is

qu'il existe, aujourd'hui, un droit de commercer qui exempterait l'appelant de l'application de la réglementation sur les pêches.

Même si l'appelant était en mesure de réfuter la conclusion du juge du procès que le «droit d'apporter» des marchandises a cessé d'exister en même temps que l'obligation de commerce exclusif dont il découlait, il n'a pas établi de quelle façon le manquement à l'obligation d'établir des maisons de troc l'exempte de l'application de la réglementation fédérale sur les pêches et, plus particulièrement, l'innocente des accusations d'avoir pris illégalement du poisson et de l'avoir vendu illégalement à un particulier. À mon avis, il est difficile de concevoir que l'obligation du gouvernement d'établir des maisons de troc aurait pu aller jusqu'à conférer un droit issu de traité de pêcher et un droit issu de traité de faire le commerce, avec des particuliers, du poisson pris en application du premier droit. Même une interprétation large du droit à des maisons de troc établies par le gouvernement ne nous permet pas de conclure à l'existence d'un droit général issu de traité de prélever les fruits de la terre et de la mer et de les vendre à n'importe qui.

Ce qui m'amène à une variante de l'argument de l'appelant concernant l'existence d'un droit à des maisons de troc. Lorsqu'on lui a demandé de préciser la nature et la portée du droit de commercer qu'il revendique, l'appelant a semblé, par moments, suggérer que cet aspect était sans importance. Il a prétendu que le fait de conclure que les traités avaient accordé le droit à un réseau de maisons de troc ou de commerçants patentés, aussi indéfinis que puissent être la portée de ce droit et son équivalent moderne, obligerait le gouvernement à justifier son omission d'établir des maisons de troc. En l'absence de justification, le gouvernement serait en défaut et ne pourrait faire appliquer sa réglementation contre l'appelant.

On en saurait dénier l'attrait de cet argument. Il implique, à première vue, plusieurs préoccupations qui sous-tendent les principes d'interprétation examinés au début des présents motifs. Les droits issus de traités des peuples autochtones doivent être interprétés de façon généreuse. L'honneur de

108

109

110

presumed and must be upheld. Ambiguities must be resolved in favour of the aboriginal signatories. Yet the argument, in my opinion, cannot succeed.

la Couronne est présumé et doit être maintenu. Toute ambiguïté doit être tranchée en faveur des signataires autochtones. Malgré tout, cet argument ne saurait, à mon avis, être retenu.

111 A claimant seeking to rely on a treaty right to defeat a charge of violating Canadian law must first establish a treaty right that protects, expressly or by inference, the activities in question, see: *Sioui*, *supra*, at pp. 1066-67. Only then does the onus shift to the government to show that it has accommodated the right or that its limitations of the right are justified.

La personne qui veut invoquer un droit issu de traité à l'encontre d'une accusation d'avoir contrevenu à une règle de droit canadienne doit tout d'abord établir l'existence d'un droit issu de traité qui protège, expressément ou par inférence, les activités en cause, voir: *Sioui*, précité, aux pp. 1066 et 1067. Ce n'est qu'ensuite qu'il incombe au gouvernement d'établir qu'il a tenu compte de ce droit ou que les limites dont il l'a assorti sont justifiées.

112 To proceed from a right undefined in scope or modern counterpart to the question of justification would be to render treaty rights inchoate and the justification of limitations impossible. How can one meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope? How is the government, in the absence of such definition, to know how far it may justifiably trench on the right in the collective interest of Canadians? How are courts to judge whether the government that attempts to do so has drawn the line at the right point? Referring to the "right" in the generalized abstraction risks both circumventing the parties' common intention at the time the treaty was signed, and functioning illegitimately to create, in effect, an unintended right of broad and undefined scope.

Examiner la question de la justification à partir d'un droit dont la portée ou l'équivalent moderne ne sont pas définis aurait pour effet de rendre virtuels les droits issus de traités et de rendre impossible la justification des limites dont ils sont assortis. Comment peut-on analyser utilement la question de la prise en compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle? En l'absence d'une telle définition, comment le gouvernement peut-il savoir dans quelle mesure il est justifié de porter atteinte au droit dans l'intérêt collectif des Canadiens? Comment les tribunaux peuvent-ils déterminer si le gouvernement qui tente de le faire a tracé la ligne au bon endroit? Renvoyer au «droit» dans l'abstrait comporte le risque d'aller à l'encontre de l'intention commune des parties au moment de la signature du traité et de créer de manière illégitime un droit non envisagé, de portée générale et indéfinie.

113 Instead of positing an undefined right and then requiring justification, a claim for breach of a treaty right should begin by defining the core of that right and seeking its modern counterpart. Then the question of whether the law at issue derogates from that right can be explored, and any justification for such derogation examined, in a meaningful way.

Dans toute action reprochant un manquement à un droit issu de traité, il faut non pas invoquer un droit indéfini et exiger la justification de toute atteinte à ce droit, mais plutôt définir l'essence de ce droit en recherchant son équivalent moderne. Ensuite, il est possible d'examiner utilement la question de savoir si la règle de droit en cause porte atteinte à ce droit et si cette atteinte est justifiée.

114 Based on the wording of the treaties and an extensive review of the historical evidence, the

À partir du texte des traités et après une analyse approfondie de la preuve historique, le juge du

trial judge concluded that the only trade right conferred by the treaties was a “right to bring” goods to truckhouses that terminated with the demise of the exclusive trading and truckhouse regime. This led to the conclusion that no Crown breach was established and therefore no accommodation or justification required. The record amply supports this conclusion, and the trial judge made no error of legal principle. I see no basis upon which this Court can interfere.

#### VI. Justification

Having concluded that the Treaties of 1760-61 confer no general trade right, I need not consider the arguments specifically relating to justification.

#### VII. Conclusion

There is no existing right to trade in the Treaties of 1760-61 that exempts the appellant from the federal fisheries regulations. It follows that I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nova Scotia.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Halifax.*

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

*Solicitors for the intervener the West Nova Fishermen’s Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Native Council of Nova Scotia: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.*

procès a conclu que le seul droit de commercer conféré par les traités était le «droit d’apporter» des marchandises aux maisons de troc, qui a pris fin avec la disparition du régime de commerce exclusif et de maisons de troc. Cette constatation a mené à la conclusion qu’aucun manquement par la Couronne n’avait été établi et, par conséquent, qu’aucune prise en compte ou justification n’était nécessaire. Le dossier étaye amplement cette conclusion, et le juge du procès n’a commis aucune erreur de droit. Je ne vois aucun motif justifiant notre Cour d’intervenir.

#### VI. Justification

Comme j’ai conclu que les traités de 1760 et 1761 ne confèrent aucun droit général de commercer, il est inutile d’examiner les arguments portant précisément sur la question de la justification.

#### VII. Conclusion

Les traités de 1760 et 1761 ne comportent aucun droit existant de commercer qui exempte l’appellant de l’application de la réglementation fédérale sur les pêches. En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureur de l’appelant: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nouvelle-Écosse.*

*Procureur de l’intimée: Le procureur général du Canada, Halifax.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureurs de l’intervenante West Nova Fishermen’s Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.*

*Procureurs de l’intervenant Native Council of Nova Scotia: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.*

115

116

*Solicitors for the intervener the Union of New  
Brunswick Indians: Getty, Bear, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant Union of New  
Brunswick Indians: Getty, Bear, Fredericton.*