

**Wayne Clarence Badger** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Leroy Steven Kiyawasew** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Ernest Clarence Ominayak** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Federation of Saskatchewan Indian Nations, the Lesser Slave Lake Indian Regional Council, the Treaty 7 Tribal Council, the Confederacy of Treaty Six First Nations, the Assembly of First Nations and the Assembly of Manitoba Chiefs** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BADGER

File No.: 23603.

1995: May 1, 2; 1996: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Indians — Treaty rights — Hunting on privately owned land in tract ceded by treaty — Violations of Wildlife Act — Whether status Indians have right to hunt*

**Wayne Clarence Badger** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

**Leroy Steven Kiyawasew** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

**Ernest Clarence Ominayak** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, la Federation of Saskatchewan Indian Nations, le Lesser Slave Lake Indian Regional Council, le Treaty 7 Tribal Council, la Confederacy of Treaty Six First Nations, l'Assemblée des Premières Nations et l'Assembly of Manitoba Chiefs** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. BADGER

N° du greffe: 23603.

1995: 1<sup>er</sup> et 2 mai; 1996: 3 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Indiens — Droits issus de traités — Chasse sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité — Violations de la Wildlife Act — Les*

*for food on privately owned land lying within tract ceded by treaty — Whether hunting rights extinguished or modified by Natural Resources Transfer Agreement — Whether licensing and game limitations apply to status Indians — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Treaty No. 8 (1899) — Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2), para. 12 — Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25 — Alta. Reg. 95/87, s. 7.*

The appellants were status Indians (under Treaty No. 8) who had been hunting for food on privately owned lands falling within the tracts surrendered by the Treaty. Each was charged with an offence under the *Wildlife Act* (the Act). Their trials and appeals proceeded together. The appellant Badger, who was hunting on scrub land near a run-down but occupied house, was charged with shooting a moose outside the permitted hunting season contrary to s. 27(1) of the Act. The appellant Kiyawasew, who had been hunting on a posted, snow-covered field that had been harvested that fall, and the appellant Ominayak, who had been hunting on uncleared muskeg, both had shot moose and were charged, under s. 26(1) of the Act, with hunting without a licence. All were all convicted in the Provincial Court. They unsuccessfully appealed their summary convictions, first to the Court of Queen's Bench and then to the Court of Appeal, challenging the constitutionality of the Act in so far as it might affect them as Crees with status under Treaty No. 8. The constitutional question raised: (1) whether status Indians under Treaty No. 8 have the right to hunt for food on privately owned land which lies within the territory surrendered under that Treaty; (2) whether the hunting rights set out in Treaty No. 8 have been extinguished or modified by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (NRTA)*; and, (3) the extent, if any, ss. 26(1) (requiring a hunting licence) and 27(1) (establishing hunting seasons) of the Act applied to the appellants.

*Held:* The appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew should be dismissed. The appeal of Ernest Clarence Ominayak should be allowed and a new trial directed so that the issue of the justification of the infringement created by s. 26(1) of the *Wildlife Act* and any regulations passed pursuant to that section may be addressed.

*Indiens inscrits ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes d'un traité? — Les droits de chasse ont-ils été éteints ou modifiés par la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Le régime de délivrance des permis et les restrictions applicables à la chasse au gibier s'appliquent-ils aux Indiens inscrits? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Traité n° 8 (1899) — Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2), par. 12 — Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25 — Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.*

Les appelants sont des Indiens inscrits (aux termes du Traité n° 8) qui chassaient pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes du Traité. Chacun des appelants a été accusé d'une infraction à la *Wildlife Act* (la Loi). Ils ont été jugés ensemble, tant en première instance qu'en appel. L'appelant Badger, qui chassait dans des taillis près d'une maison délabrée mais occupée, a été accusé d'avoir, contrairement au par. 27(1) de la Loi, abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. L'appelant Kiyawasew, qui chassait dans un champ couvert de neige où se trouvaient des écrieaux et où on avait fait la récolte à l'automne, ainsi que l'appelant Ominayak, qui chassait dans une savane non déboisée, ont eux aussi abattu des orignaux, et ils ont été accusés, en vertu du par. 26(1) de la Loi, d'avoir chassé sans permis. Ils ont tous été déclarés coupables en Cour provinciale. Ils ont sans succès interjeté appel de leur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'abord à la Cour du Banc de la Reine puis à la Cour d'appel, contestant la constitutionnalité de la Loi dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à leurs droits en tant que Cris visés par le Traité n° 8. La question constitutionnelle comporte trois volets: (1) Les Indiens inscrits aux termes du Traité n° 8 ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes de ce traité? (2) Les droits de chasse énoncés dans le Traité n° 8 ont-ils été éteints ou modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (la Convention)*? (3) Dans quelle mesure, le cas échéant, les par. 26(1) (obligation de détenir un permis de chasse) et 27(1) (établissement des saisons de chasse) de la Loi s'appliquaient-ils aux appelants?

*Arrêt:* Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés. Le pourvoi d'Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné afin que soit examinée la question de la justification de l'atteinte créée par le par. 26(1) de la *Wildlife Act* et les règlements pris en application de cette disposition.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.*: Treaty No. 8 guaranteed the Indians the "right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing" subject to two limitations, a geographic limitation and the right of government to make regulations for conservation purposes.

Certain principles apply in interpreting a treaty. First, a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. Second, the honour of the Crown is always at stake; the Crown must be assumed to intend to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. Third, any ambiguities or doubtful expressions must be resolved in favour of the Indians and any limitations restricting the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. Finally, the onus of establishing strict proof of extinguishment of a treaty or aboriginal right lies upon the Crown.

The *NRTA* did not extinguish and replace the Treaty No. 8 right to hunt for food. Paragraph 12 of the *NRTA* clearly intended to extinguish the treaty protection of the right to hunt commercially but the right to hunt for food continued to be protected and, indeed, was expanded. Treaty rights, absent direct conflict with the *NRTA*, were not modified. The Treaty right to hunt for food accordingly continues in force and effect.

Three preliminary observations were made regarding the *NRTA*. First, the "right of access" in the *NRTA* does not refer to a general right of access but, rather, is limited to a right of access for the purposes of hunting. Second, the extent of the treaty right to hunt on privately owned land may well differ from one treaty to another, given differences in wording. Finally, the applicable interpretative principles must be applied. The words must be interpreted as they would naturally have been understood by the Indians at the time of signing.

The geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the Act itself. It is neither unduly vague nor unworkable.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci*: Le Traité n° 8 garantissait aux Indiens le «droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche», sous réserve de deux restrictions: l'application d'une limitation territoriale et le droit pour le gouvernement de prendre des règlements en matière de conservation.

Certains principes régissent l'interprétation d'un traité. Premièrement, un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées. Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu; il faut présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée. Troisièmement, toute ambiguïté doit profiter aux Indiens et toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Finalement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint.

La *Convention* n'a pas éteint et remplacé le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8. Le paragraphe 12 de la *Convention* démontrait l'existence d'une intention claire d'éteindre la protection par le traité du droit de faire la chasse commerciale. Toutefois, le droit de chasser pour se nourrir a continué d'être protégé et, de fait, a été élargi. En l'absence de conflit direct avec la *Convention*, les droits issus de traités n'ont pas été modifiés. Le droit de chasser pour se nourrir — issu du Traité — continue d'être en vigueur et de produire ses effets.

Trois remarques préliminaires ont été faites relativement à la *Convention*. Premièrement, le «droit d'accès» prévu par la *Convention* n'est pas un droit d'accès général, mais plutôt un droit d'accès limité pour chasser. Deuxièmement, étant donné que les traités sont libellés de façon différente, la portée du droit issu de traité de chasser sur des terres privées peut très bien varier d'un traité à l'autre. Enfin, les principes d'interprétation applicables doivent être suivis. Il faut donner au texte le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature.

La limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s'appuyer sur le critère de l'utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes

Land use must be considered on a case-by-case basis, however, because the approach focuses upon the use being made of the land.

The appeals of Messrs. Badger and Kiyawasew must be dismissed. The land was being visibly used. Since they did not have a right of access to these particular tracts of land, their treaty right to hunt for food did not extend there. The limitations on hunting set out in the Act accordingly did not infringe upon their existing right and were properly applied. The geographical limitations upon the Treaty right to hunt for food did not affect Mr. Ominayak who was hunting on land not being put to any visible use.

The Indians would have understood that, by the terms of the Treaty, the government would be permitted to pass regulations with respect to conservation given the existence of conservation laws existing prior to signing the Treaty. The provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* (which transferred regulatory authority for conservation purposes to the provincial authorities) did not extend beyond the realm of conservation. The constitutional provisions of s. 12 of *NRTA* authorizing provincial regulations made it unnecessary to consider s. 88 of the *Indian Act* which provided that provincial laws of general application applied to Indians provided that those laws were not in conflict with aboriginal or treaty rights.

The public safety regulations, which formed the first step of a two-step licensing scheme, did not infringe any aboriginal or treaty rights. These regulations required all hunters to take gun safety courses and pass hunting competency tests and accordingly protected all hunters, including Indians. Reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food.

The second step of the licensing scheme, the conservation component, constituted a *prima facie* infringement. Under the Treaty, no limitation as to method, timing and extent of Indian hunting can be imposed. The present licensing scheme, however, imposes conditions on the face of the licence as to hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area. These limitations are in direct conflict

de la Loi. Elle n'est ni excessivement vague, ni inapplicable. Toutefois, comme cette solution met l'accent sur l'utilisation qui est faite des terres en cause, l'examen de cette question doit se faire au cas par cas.

Les pourvois de MM. Badger et de Kiyawasew doivent être rejetés. Les terres étaient visiblement utilisées. Comme les appelants n'avaient pas de droit d'accès à ces terres, leur droit — issu du traité — de chasser pour se nourrir ne s'étendait pas à ces terres. En conséquence, les limites applicables au droit de chasse énoncées dans la Loi ne portent pas atteinte au droit existant de ces deux appelants, et elles leur ont à juste titre été appliquées. La limitation territoriale du droit — issu du Traité — de chasser pour se nourrir ne visait pas M. Ominayak, qui chassait sur des terres ne faisant pas l'objet d'une utilisation visible.

Les Indiens auraient compris que, suivant les termes du Traité, le gouvernement pourrait prendre des règlements relatifs à la conservation, étant donné que ces textes de loi existaient avant la signature du Traité. Le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention* (qui a transféré le pouvoir de réglementation en matière de conservation aux autorités provinciales), le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. Les dispositions constitutionnelles du par. 12 de la *Convention* autorisant l'application des règlements provinciaux font en sorte qu'il est inutile d'examiner l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait que les Indiens étaient assujettis aux lois provinciales d'application générale, sauf si ces lois entraient en conflit avec des droits ancestraux ou issus de traités.

Les règlements relatifs à la sécurité du public, qui forment le premier des deux volets du régime de délivrance de permis, ne portent pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. Ces règlements obligent tous les chasseurs à suivre des cours de sécurité dans le manie- ment des armes à feu et à réussir des tests d'aptitude à chasser. En conséquence, ils protègent la sécurité de tous les chasseurs, y compris des Indiens. Un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir.

Le second aspect du régime de délivrance des permis, le volet touchant la conservation, crée une atteinte *prima facie*. Aux termes du Traité, on ne peut limiter l'ampleur des activités de chasse exercées par les Indiens, ni les méthodes qu'ils utilisent à cette fin ou les périodes durant lesquelles ils s'y adonnent. Or, le régime actuel de délivrance de permis impose des restrictions, lesquelles sont inscrites sur le permis, relativement aux

with the treaty right. Moreover, no provisions currently exist for "hunting for food" licences.

Any infringement of the rights guaranteed under the Treaty or the *NRTA* must be justified using the *Sparrow* test. This analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing the justifiability of conservation regulations and enactments. It must first be asked if there was a valid legislative objective, and if so, the analysis proceeds to a consideration of the special trust relationship and the responsibility of the government *vis-à-vis* the aboriginal people. Further questions might deal with whether the infringement was as little as was necessary to effect the objective, whether compensation was fair, and whether the aboriginal group was consulted with respect to the conservation measures.

The government led no evidence with respect to justification. The Court could not find justification in the absence of such evidence.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J.: The treaty rights were restated, merged and consolidated in the *NRTA* and so their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument. The sole source for a claim involving the right to hunt for food is, therefore, the *NRTA*. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA* but it has no other legal significance.

Two key interpretative principles apply to treaties. First, any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians. Second, treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These interpretative principles apply equally to the rights protected by the *NRTA*.

The rights of Indians pursuant to either the Treaty or the *NRTA* would, at the time either was agreed to, be understood to be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* are not constitutional rights of an absolute nature precluding any governmental regulation.

méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée. Ces restrictions sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité. Qui plus est, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition concernant la délivrance de permis de «chasse pour se nourrir».

Toute atteinte aux droits garantis par le Traité ou la *Convention* doit être justifiée à l'aide du critère énoncé dans *Sparrow*. Cette analyse constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier; dans l'affirmative, on passe à l'examen des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. D'autres questions peuvent également se poser, savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation était prévue et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation.

Le gouvernement n'a pas présenté de preuve relative à la justification. En l'absence d'une telle preuve, la Cour ne pouvait conclure à l'existence d'une justification.

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka:* La *Convention* a réitéré, unifié et codifié les droits prévus au Traité, et leur maintien a donc été assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel. L'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir est par conséquent la *Convention*. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Deux principes d'interprétation clés s'appliquent aux traités. Premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens. Deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones. Ces principes d'interprétation s'appliquent également aux droits protégés par la *Convention*.

Au moment de la conclusion du Traité et de la *Convention*, il aurait été entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne sont pas des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* should not be the standard against which governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, should be assessed. Section 35(1) cannot provide constitutional protection to rights already constitutionally protected; nor does it apply to another constitutional provision.

In the absence of a mechanism in the *NRTA*, the Court must develop a test through which the province's right to legislate with respect to conservation can be balanced against the Indians' right to hunt for food. The *Sparrow* test, developed in the context of s. 35(1), protects aboriginal rights while also permitting governments to legislate for legitimate purposes where the legislation is a justifiable infringement on those protected rights. This test applies equally well to the regulatory authority granted to the provinces under para. 12 of the *NRTA*. In applying the *Sparrow* criteria here, it is important to bear in mind that what is being justified is the exercise of a power granted to the provinces which is made subject to the right to hunt for food.

### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **considered:** *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **referred to:** *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, aff'd [1964] S.C.R. 642; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505;

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne devrait pas être la norme appliquée pour apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficieraient les droits des appelants au regard de cette réglementation. Le paragraphe 35(1) ne peut accorder la protection de la Constitution à des droits qui en jouissent déjà, ni s'appliquer à d'autres dispositions constitutionnelles.

Vu l'absence de mécanisme à cette fin dans la *Convention*, la Cour doit élaborer un critère permettant de mettre en équilibre le droit de la province de légiférer en matière de conservation et le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Le critère énoncé dans *Sparrow*, qui a été élaboré dans le contexte du par. 35(1), protège les droits ancestraux, tout en permettant aux gouvernements de légiférer à des fins légitimes, dans la mesure où la loi est une atteinte justifiable aux droits protégés. Ce critère s'applique également au pouvoir de réglementation accordé aux provinces par le par. 12 de la *Convention*. En appliquant les critères énoncés dans *Sparrow* en l'espèce, il est important de garder à l'esprit que ce que l'on justifie, c'est l'exercice d'un pouvoir conféré aux provinces, pouvoir qui est assujéti au droit de chasser pour se nourrir.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts examinés:** *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; **arrêts mentionnés:** *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369; *R. c. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343; *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325, conf. par [1964] R.C.S. 642; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Agawa*

*R. v. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. v. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **followed:** *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; **referred to:** *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

### Statutes and Regulations Cited

Alta. Reg. 50/87, ss. 2(2), 25.  
Alta. Reg. 95/87, s. 7.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Constitution Act, 1867*, s. 93.  
*Constitution Act, 1930*, s. 1.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).  
*Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2)*, para. 12.  
Treaty No. 8, made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc. Reprinted from the 1899 edition by Roger Duhamel, Queen's Printer and Controller of Stationery, 1966.  
*Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, ss. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

### Authors Cited

Daniel, Richard. "The Spirit and Terms of Treaty Eight". In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1979.  
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.  
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.  
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.  
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

(1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. c. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86; *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêt suivi:** *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2)*, par. 12.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93.  
*Loi constitutionnelle de 1930*, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).  
Règlement de l'Alberta 50/87, art. 2(2), 25.  
Règlement de l'Alberta 95/87, art. 7.  
Traité n° 8, conclu le 21 juin 1899, et adhésions, rapports et autres documents annexés. Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1981.  
*Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, art. 15(1)(c), 26(1), 27(1).

### Doctrine citée

Daniel, Richard. «The Spirit and Terms of Treaty Eight». In Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*. Montréal: Institut de recherches en politiques publiques, 1979.  
Friesen, Jean. *Grant me Wherewith to Make my Living*. Winnipeg: T.A.R.R. Centre, 1985.  
Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*. Toronto: McClelland and Stewart, 1973.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.  
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*. Winnipeg: The Public Inquiry, 1991.  
Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 354, 135 A.R. 286, 33 W.A.C. 286, [1993] 5 W.W.R. 7,

[1993] 3 C.N.L.R. 143, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench affirming the appellants' convictions for offences under the *Wildlife Act*. Appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew dismissed; appeal of Ernest Clarence Ominayak allowed and a new trial directed.

*Leonard Mandamin and Alan D. Hunter, Q.C.*, for the appellants.

*Robert J. Normey and Margaret Unsworth*, for the respondent.

*I. G. Whitehall, Q.C.*, and *R. Stevenson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Kenneth J. Tyler*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

*Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme and Gerry Morin*, for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations.

*Priscilla Kennedy*, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Gerard M. Meagher, Q.C.*, and *Eugene J. Creighton*, for the intervener the Treaty 7 Tribal Council.

*Edward H. Molstad, Q.C.*, *James A. O'Reilly* and *Wilton Littlechild*, for the intervener the Confederacy of Treaty Six First Nations.

*Peter K. Doody* and *John E. S. Briggs*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Jack R. London, Q.C.*, and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. — I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by

[1993] 3 C.N.L.R. 143, confirmant le jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants pour des infractions à la *Wildlife Act*. Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés; le pourvoi de Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

*Leonard Mandamin et Alan D. Hunter, c.r.*, pour les appelants.

*Robert J. Normey et Margaret Unsworth*, pour l'intimée.

*I. G. Whitehall, c.r.*, et *R. Stevenson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Kenneth J. Tyler*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

*Mary Ellen Turpel, Donald E. Worme et Gerry Morin*, pour l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations.

*Priscilla Kennedy*, pour l'intervenant le Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Gerard M. Meagher, c.r.*, et *Eugene J. Creighton*, pour l'intervenant le Treaty 7 Tribal Council.

*Edward H. Molstad, c.r.*, *James A. O'Reilly* et *Wilton Littlechild*, pour l'intervenante la Confederacy of Treaty Six First Nations.

*Peter K. Doody et John E. S. Briggs*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Jack R. London, c.r.*, et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assembly of Manitoba Chiefs.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'a rédigés mon collègue



my colleague, Justice Cory, and I am in agreement with his disposition of the appeal and with his reasons with the exception of his exposition of the relationship between Treaty No. 8, the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2) (NRTA)*, and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

In my view, the rights of Indians to hunt for food provided in Treaty No. 8 were merged in the *NRTA* which is the sole source of those rights. While I agree that the impugned provision of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, infringes the constitutional right of Indians to hunt for food, I disagree that this constitutional right is one covered by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. I agree, however, that the constitutional right to hunt for food must be balanced against the right of the province to pass laws for the purpose of conservation and that this balancing may be carried out on the basis of the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

There is no disagreement that the *NRTA*:

- (a) duplicated the right of Indians to hunt for food which was contained in Treaty No. 8;
- (b) widely extended the geographical area to include the whole of the province rather than being limited to the tract of land surrendered;
- (c) shifted responsibility for passing game laws from the federal government to the provinces;
- (d) eliminated the right to hunt for commercial purposes;
- (e) is a constitutional document and the Treaty is not, although the Treaty receives constitutional protection by virtue of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In these circumstances, I am of the view that it was clearly the intention of the framers to merge the rights in the Treaty in the *NRTA*. To characterize the *NRTA* as modifying the Treaty is to treat it as an amending document to the Treaty. This

le juge Cory en l'espèce, et je souscris à sa décision et à ses motifs, sauf en ce qui concerne l'exposé qu'il fait des rapports entre le Traité n° 8, la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2) (la Convention)* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À mon avis, les droits des Indiens de chasser pour se nourrir que prévoit le Traité n° 8 ont été unifiés dans la *Convention*, qui est l'unique source des droits en question. Même si je conviens que la disposition contestée de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, porte atteinte au droit constitutionnel des Indiens de chasser pour se nourrir, je ne suis pas d'accord pour affirmer que ce droit est visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je reconnais, d'une part, qu'il faut rechercher l'équilibre entre le droit constitutionnel de chasser pour se nourrir et le droit de la province d'édicter des lois en matière de conservation, et, d'autre part, que cet équilibre peut être établi sur le fondement des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Tous s'entendent sur les points suivants en ce qui concerne la *Convention*:

- a) elle a repris le droit des Indiens de chasser pour se nourrir qui figurait dans le Traité n° 8;
- b) elle a considérablement élargi le territoire visé, qui comprend maintenant toute la province plutôt que la seule zone cédée;
- c) elle a transféré aux provinces la responsabilité d'adopter des lois relatives au gibier, qui incombait jusque-là au gouvernement fédéral;
- d) elle a éliminé le droit de chasser à des fins commerciales;
- e) elle est un document constitutionnel, contrairement au Traité, bien que celui-ci jouisse de la protection de la Constitution en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans ces circonstances, je suis d'avis que les rédacteurs avaient clairement l'intention d'unifier dans la *Convention* les droits prévus par le Traité. Dire de la *Convention* qu'elle change le Traité revient à la considérer comme un document por-

clearly was not the intent of the *NRTA*. In enlarging the area in which hunting for food was permitted to extend to the whole of the province, it could not be suggested that the *NRTA* extended the Treaty to all of the province. Rather, the right to hunt for food was extended by the *NRTA* to the whole of the province, including the area covered by the Treaty. An Indian hunting on land outside the Treaty lands could not claim to be covered by the Treaty. If the *NRTA* merely modified the Treaty, an Indian hunting on Treaty lands could claim the right under the Treaty while an Indian hunting in other parts of the province could claim only under the *NRTA*. This would invite bifurcation of the rights of Indians hunting for food in the province.

5 Similarly, the provisions which transferred to the province the power to pass gaming laws for the purpose of conservation could not have been intended simply to amend the Treaty. As an amendment to the Treaty, this provision would have no constitutional force and could not alter the constitutionally entrenched division of powers. It might be suggested that the *NRTA* both amended the Treaty and, as an independent constitutional document, amended the Constitution. If this were the intent, it is difficult to understand why all the terms of the Treaty relating to the right to hunt for food were replicated in *NRTA*. It must have been the intention to merge these rights in the *NRTA* so that they could be balanced with the power of the provinces to legislate for conservation purposes. In order to achieve a reasonable balance between them, it was important that they both appear in one document having constitutional status.

6 I can suggest no reason why the framers of the *NRTA* would have wanted to maintain any aspects of the Treaty except as an interpretative tool. They surely did not do so in order to allow these rights to be recognized under s. 35(1) of the *Constitution*

tant modification du Traité. Ce n'était certainement pas là l'objet de la *Convention*. Il est impossible d'affirmer que, en élargissant à l'ensemble de la province le territoire où il était permis de chasser pour se nourrir, la *Convention* a étendu la portée du Traité à toute la province. C'est plutôt le droit de chasser pour se nourrir qui a été élargi par la *Convention* à l'ensemble de la province, y compris le territoire visé par le Traité. L'Indien qui chasse à l'extérieur des terres visées par le Traité ne pourrait se réclamer du Traité. Si la *Convention* avait simplement modifié le Traité, l'Indien chassant sur des terres visées par celui-ci pourrait invoquer le droit prévu par le Traité alors que l'Indien chassant dans d'autres parties de la province ne pourrait qu'invoquer la *Convention*. Cela pourrait entraîner un dédoublement des droits des Indiens qui chassent pour se nourrir dans la province.

De même, la disposition qui a transféré à la province le pouvoir d'édicter, à des fins de conservation, des lois relatives au gibier ne pouvait avoir uniquement pour objet de modifier le Traité. En tant que modification du Traité, cette disposition n'aurait aucune valeur constitutionnelle et ne pourrait pas changer le partage des pouvoirs inscrit dans la Constitution. D'aucuns pourraient prétendre que la *Convention* a eu pour effet, d'une part, de modifier le Traité, et, d'autre part, en tant que document constitutionnel indépendant, de modifier également la Constitution. Si c'était là l'objet visé, on s'explique difficilement pourquoi tous les termes du Traité relatifs au droit de chasser pour se nourrir ont été repris dans la *Convention*. Les rédacteurs devaient avoir l'intention d'unifier ces droits dans la *Convention* de façon qu'ils puissent être mis en équilibre avec le pouvoir des provinces de légiférer en matière de conservation. Afin d'établir un juste équilibre entre le droit et le pouvoir en question, il était important qu'ils figurent tous deux dans un document ayant valeur constitutionnelle.

Je ne peux donner aucune raison pour laquelle les rédacteurs de la *Convention* auraient pu vouloir maintenir quelque aspect du Traité, si ce n'est à titre d'outil d'interprétation. Ils ne l'ont sûrement pas fait pour permettre la reconnaissance de ces

*Act, 1982* which appears to be the sole present justification for preserving the Treaty. However, even that justification loses any force when considered in light of the fact that the *NRTA* is itself a constitutional document and recognition under s. 35(1) is unnecessary for the protection of these important Indian rights.

From the foregoing, I conclude that it was the intention of the framers of para. 12 of the *NRTA* to effectuate a merger and consolidation of the Treaty rights. This was the view of Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, in *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at p. 100:

It would appear that the overall purpose of para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreement was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food.

As pointed out, these rights were restated in the *NRTA* and their preservation was assured by being placed in a constitutional instrument.

If this was the intention, and I conclude that it was, then the proper characterization of the relationship between the *NRTA* and the Treaty rights is that the sole source for a claim involving the right to hunt for food is the *NRTA*. The Treaty rights have been subsumed in a document of a higher order. The Treaty may be relied on for the purpose of assisting in the interpretation of the *NRTA*, but it has no other legal significance.

The fact that the source of the appellants' rights to hunt and fish for sustenance is found within the provisions of the *NRTA* does not alter the analysis that has previously been employed in the interpretation of treaty rights. The key interpretative principles which apply to treaties are first, that any ambiguity in the treaty will be resolved in favour of the Indians and, second, that treaties should be interpreted in a manner that maintains the integrity of the Crown, particularly the Crown's fiduciary obligation toward aboriginal peoples. These princi-

droits en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui paraît être actuellement l'unique raison justifiant le maintien du Traité. Or, même cette justification perd toute valeur en regard du fait que la *Convention* est elle-même un document constitutionnel, et que leur reconnaissance en vertu du par. 35(1) est inutile pour protéger ces importants droits des Indiens.

Je conclus de ce qui précède que les rédacteurs du par. 12 de la *Convention* avaient l'intention d'unifier et de codifier les droits prévus au Traité. C'est l'opinion qu'a exprimée le juge Dickson (plus tard juge en chef) pour la Cour dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, à la p. 100:

Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la *Convention* sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance.

Ainsi qu'il a été signalé, ces droits ont été réitérés dans la *Convention*, et leur maintien assuré par leur inscription dans un texte constitutionnel.

Si telle était l'intention, et je conclus que c'était le cas, alors la bonne façon de décrire les rapports entre les droits issus du Traité et la *Convention* est de dire que cette dernière est l'unique source permettant d'invoquer le droit de chasser pour se nourrir. Les droits issus du Traité ont été subsumés dans un document de rang supérieur. Le Traité peut être invoqué pour aider à l'interprétation de la *Convention*, mais il n'a aucune autre importance sur le plan juridique.

Le fait que la source des droits des appelants de chasser et de pêcher à des fins de subsistance se trouve dans les dispositions de la *Convention* ne change rien à l'analyse appliquée auparavant pour interpréter les droits issus de traités. Les principes d'interprétation clés applicables aux traités sont de deux ordres: premièrement, toute ambiguïté dans le traité doit profiter aux Indiens, et, deuxièmement, les traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne, en particulier son obligation de fiduciaire envers les peuples

ples apply equally to the rights protected by the *NRTA*; the principles arise out of the nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples with the result that, whatever the document in which that relationship has been articulated, the principles should apply to the interpretation of that document. I find support for this reasoning in the prior decisions of this Court concerning the interpretation of the *NRTA*. In *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, for example, this Court specifically stated, at p. 461, that the *NRTA* should be given a “broad and liberal construction”, and, at p. 464, that any ambiguity should be “interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians”. Moreover, this position is compatible with the concept that the *NRTA* constitutes a merger and consolidation of treaty rights, and with the view that it was through the enactment of the *NRTA* that the “federal government attempted to fulfil their treaty obligations” (see *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 293).

#### Validity of the provisions of the *Wildlife Act*

10 In light of my conclusion that the right of Indian persons to hunt for food is constitutional in nature, the issue remaining for determination is whether the provisions of the *Wildlife Act* under which the appellants were convicted are constitutionally permissible. On the bare wording of para. 12 of the *NRTA*, it appears as though such an issue could never arise. The *NRTA* grants legislative power over “gaming” subject to the Indians’ right to hunt for food, apparently suggesting that the province has no jurisdiction to legislate in relation to those rights. This interpretation arises out of the mandatory language used in para. 12, wherein the legislative power is granted to the province, but qualified by the statement that the power exists “provided, however, that the said Indians shall have the right. . . .”

11 The reasoning in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, informs us that such a formalistic interpretation of the language of the *NRTA* is incorrect. At the time the treaties that preceded the *NRTA* were signed, there was already in place legislation enacted for conservation purposes which

autochtones. Ces principes, qui s’appliquent également aux droits protégés par la *Convention*, découlent de la nature des rapports qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones, de sorte que, quel que soit le document énonçant ces rapports, ces principes devraient servir à son interprétation. Mon raisonnement trouve appui dans les arrêts antérieurs de notre Cour concernant l’interprétation de la *Convention*. Ainsi, dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, notre Cour a expressément déclaré, à la p. 461, qu’il faut donner à la *Convention* une «interprétation large et libérale», et, à la p. 464, qu’il faut interpréter toute ambiguïté «de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens». De plus, cette position est compatible avec le principe que la *Convention* unifie et codifie les droits issus de traités, et avec l’opinion que, par l’adoption de la *Convention*, le «gouvernement fédéral a tenté de s’acquitter de ses obligations découlant des traités» (voir l’arrêt *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 293).

#### Validité des dispositions de la *Wildlife Act*

Puisque j’ai conclu que le droit des Indiens de chasser pour se nourrir est de nature constitutionnelle, la question qui reste à trancher est de savoir si les dispositions de la *Wildlife Act* en vertu desquelles les appelants ont été déclarés coupables sont permises par la Constitution. Toutefois, il semble impossible, aux termes mêmes du par. 12 de la *Convention*, qu’une telle question se pose jamais. En effet, la *Convention* confère le pouvoir de faire des lois relatives au gibier, sous réserve du droit des Indiens de chasser pour se nourrir, ce qui tend apparemment à indiquer que la province n’a aucune compétence pour légiférer à l’égard de ce droit. Cette interprétation découle du langage impératif du par. 12 qui, tout en conférant à la province le pouvoir législatif en question, limite cependant ce pouvoir en précisant que: «toutefois, lesdits Indiens auront le droit . . .»

Le raisonnement appliqué dans l’arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, nous indique que pareille interprétation formaliste du libellé de la *Convention* est incorrecte. À l’époque où les traités antérieurs à la *Convention* ont été signés, il existait déjà des lois en matière de conservation qui

affected the Indians' rights. Indeed, there existed total bans on the hunting of certain species. As a result, at the time the treaties were signed and, even more so, at the time that the *NRTA* was agreed to by the provinces and the federal government, it would have been clearly understood that the rights of Indians pursuant to either document would be subject to governmental regulation for conservation purposes. The rights protected by the *NRTA* thus cannot be viewed as being constitutional rights of an absolute nature for which governmental regulation is prohibited.

How, then, is the governmental regulation permitted by the *NRTA*, and the extent of the protection of the appellants' rights in the face of such regulation, to be assessed? Cory J. has taken the position that the standard against which the validity of the *Wildlife Act* is to be assessed is s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the test set out in *Sparrow, supra*. I am unable to agree with my colleague on this point. Section 35(1) was intended to provide constitutional protection for aboriginal rights and treaty rights that did not enjoy such protection. It cannot have been intended to be redundant and provide constitutional protection for rights that already enjoyed constitutional protection. Moreover, para. 12 of the *NRTA* is a constitutional provision and, as such, s. 35(1) has no direct application to it. Infringements of constitutional rights cannot be remedied by the application of a different constitutional provision. As Estey J. stated in *Reference Re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1207, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* "cannot be interpreted as rendering unconstitutional distinctions that are expressly permitted by the *Constitution Act, 1867*". That case concerned the application of s. 15 of the *Charter* to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Although the case is not directly on point with the issues arising in this appeal, in my view, Estey J.'s comment provides support for the position that constitutional provisions enacted later in time are not to be read as impliedly amending the earlier enacted provisions. (See Peter W. Hogg, *Constitutional Law of*

avaient une incidence sur les droits des Indiens. De fait, la chasse de certaines espèces était même absolument interdite. Par conséquent, au moment où les traités ont été signés et, même plus encore au moment où les provinces et le gouvernement fédéral ont conclu la *Convention*, il aurait été clairement entendu que les droits des Indiens en vertu de l'un ou l'autre de ces documents étaient assujettis à la réglementation gouvernementale en matière de conservation. Les droits protégés par la *Convention* ne peuvent donc être considérés comme des droits constitutionnels de nature absolue, à l'égard desquels toute réglementation gouvernementale est interdite.

Comment alors doit-on apprécier la réglementation gouvernementale permise par la *Convention* et l'étendue de la protection dont bénéficient les droits des appelants au regard de cette réglementation? Le juge Cory a dit être d'avis que c'est au regard du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité, qu'il faut apprécier la validité de la *Wildlife Act*. Je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue sur ce point. Le paragraphe 35(1) a pour objet d'accorder la protection de la Constitution aux droits ancestraux et issus de traités qui ne jouissaient pas de cette protection. Il n'est pas possible qu'on ait voulu qu'il produise un effet redondant et accorde la protection de la Constitution à des droits qui en jouissaient déjà. En outre, le par. 12 de la *Convention* est une disposition constitutionnelle et, de ce fait, le par. 35(1) ne s'y applique pas directement. On ne peut remédier aux atteintes à des droits constitutionnels par l'application d'une autre disposition constitutionnelle. Ainsi que le juge Estey l'a déclaré dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1207, la *Charte canadienne des droits et libertés* «ne saurait être interprétée comme rendant *ipso facto* inconstitutionnelles les distinctions expressément autorisées par la *Loi constitutionnelle de 1867*». Cette affaire concernait l'application de l'art. 15 de la *Charte* à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que cette affaire ne portait pas directement sur les questions soulevées par le présent pourvoi, je suis d'avis que les remarques du juge

*Canada* (3rd ed. 1992), at p. 1183.) Nor are later provisions of the constitution applicable in terms of the interpretation of earlier provisions. On that reasoning, s. 35(1) is inapplicable to the provision of the *NRTA* that protects the right of aboriginal persons to hunt for food.

Estey appuie la thèse que des dispositions constitutionnelles adoptées postérieurement à d'autres dispositions ne doivent pas être considérées comme ayant pour effet de modifier celles-ci implicitement. (Voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 1183.) Pas plus que des dispositions plus récentes de la Constitution ne s'appliquent pour interpréter des dispositions qui leur sont antérieures. Conformément à ce raisonnement, le par. 35(1) ne s'applique pas à la disposition de la *Convention* qui protège le droit des autochtones de chasser pour se nourrir.

13

That is not to say, however, that the principles underlying the interpretation of s. 35(1) have no relevance to the determination of whether a particular legislative enactment has an acceptable purpose and whether it constitutes an acceptable limitation on the rights granted by the *NRTA*. There is no method provided in the *NRTA* whereby government measures that may impinge upon the rights the same document grants to Indians can be scrutinized. It is clear, however, that the *NRTA* does require a balancing of rights. The right of the province to legislate with respect to conservation must be balanced against the right granted to the Indians to hunt for food. Thus, it falls to the Court to develop a test through which this task can be accomplished. In *Sparrow*, this Court developed principles for balancing the constitutionally protected right to fish for food against the federal government's power to pass laws for conservation. Although the *Sparrow* test was developed in the context of s. 35(1), the basic thrust of the test, to protect aboriginal rights but also to permit governments to legislate for legitimate purposes where the legislation is a justifiable infringement on those protected rights, applies equally well to the regulatory authority granted to the provinces under para. 12 of the *NRTA* as to federal power to legislate in respect of Indians.

Toutefois, cela ne signifie pas que les principes qui sous-tendent l'interprétation du par. 35(1) n'ont aucune pertinence pour déterminer si un texte législatif donné vise un objet acceptable et s'il constitue une limitation acceptable des droits accordés par la *Convention*. Ce texte ne prévoit en effet aucune méthode d'examen des mesures gouvernementales susceptibles de porter atteinte aux droits qu'il confère aux Indiens. Il est évident cependant que la *Convention* requiert effectivement la mise en équilibre des droits en cause, en l'occurrence le droit de la province de légiférer en matière de conservation et le droit de chasser pour se nourrir qui est accordé aux Indiens. Il appartient donc à la Cour d'élaborer un critère permettant d'accomplir cette tâche. Dans *Sparrow*, notre Cour a dégagé des principes en vue d'équilibrer le droit protégé par la Constitution de pêcher pour se nourrir et le pouvoir du gouvernement fédéral d'adopter des lois en matière de conservation. Bien que le critère établi dans *Sparrow* ait été élaboré dans le contexte du par. 35(1), sa raison d'être fondamentale — qui est de protéger les droits ancestraux mais également de permettre aux gouvernements de légiférer à des fins légitimes dans la mesure où la loi est une atteinte justifiable aux droits protégés — s'applique tout autant au pouvoir de réglementation accordé aux provinces par le par. 12 de la *Convention* qu'au pouvoir du fédéral d'adopter des lois concernant les Indiens.

14

In this way, the *Sparrow* test is applied to the *NRTA* by analogy, with the result that the Court will have a means by which to ensure that the rights in the *NRTA* are protected, but that provin-

De cette manière, le critère établi dans *Sparrow* est appliqué à la *Convention* par analogie, donnant ainsi à la Cour un moyen de s'assurer non seulement que les droits prévus par la *Convention* sont

cial governments are also provided with some flexibility in terms of their ability to affect those rights for the purpose of legislating in relation to conservation. As Cory J. points out, the criteria set out in *Sparrow* do not purport to be exhaustive and are to be applied flexibly. In applying them in this context, it is important to bear in mind that what is being justified is the exercise of a power granted to the provinces, which power is made subject to the right to hunt for food. Both are contained in a constitutional document. The application of the *Sparrow* criteria should be consonant with the intention of the framers as to the reconciliation of these competing provisions.

I agree with Cory J. that, in the absence of evidence with respect to justification, there must be a new trial and I would dispose of the appeal as suggested by him.

The constitutional question and answers are as follows:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.))*, and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1*, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

The right to hunt for food referred to in Treaty No. 8 was merged in the *NRTA* which is the sole source of the right.

Sections 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* did not infringe the constitutional rights of Mr. Badger or Mr. Kiyawasew to hunt for food.

Mr. Ominayak was exercising his constitutional right to hunt for food. Section 26(1) of the *Wildlife Act* is a *prima facie* infringement of his right to

protégés, mais aussi que les gouvernements provinciaux jouissent d'une certaine latitude leur permettant de toucher à ces droits en légiférant à des fins de conservation. Comme le souligne le juge Cory, les critères énoncés dans *Sparrow* ne se veulent pas exhaustifs et doivent être appliqués de façon souple. Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit que ce que l'on justifie, c'est l'exercice d'un pouvoir conféré aux provinces, pouvoir qui est assujéti au droit de chasser pour se nourrir. Tant le pouvoir que le droit en question sont inscrits dans un document constitutionnel. Les critères énoncés dans *Sparrow* doivent être appliqués d'une manière conforme à l'intention des rédacteurs pour ce qui est de la conciliation de ces deux dispositions concurrentes.

Je conviens avec le juge Cory que, en l'absence de preuve concernant la justification, il faut tenir un nouveau procès, et je trancherais le pourvoi de la manière qu'il propose.

Voici la question constitutionnelle et les réponses qui y sont apportées:

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.))* et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1*, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les droits de chasser pour se nourrir visés par le Traité n° 8 ont été unifiés dans la *Convention*, qui est l'unique source de ces droits.

Les paragraphes 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act* n'ont pas porté atteinte au droit constitutionnel de M. Badger et de M. Kiyawasew de chasser pour se nourrir.

Monsieur Ominayak exerçait son droit constitutionnel de chasser pour se nourrir. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* porte atteinte *prima facie*

15

16

17

18

19

hunt for food under *NRTA* and is invalid unless justified.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

20 CORY J. — Three questions must be answered on this appeal. First, do Indians who have status under Treaty No. 8 have the right to hunt for food on privately owned land which lies within the territory surrendered under that Treaty? Secondly, have the hunting rights set out in Treaty No. 8 been extinguished or modified as a result of the provisions of para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, Schedule 2)*? Thirdly, to what extent, if any, do s. 26(1) and s. 27(1) of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, apply to the appellants?

#### Factual Background

21 Each of the three appellants was charged with an offence under the *Wildlife Act*. Their trials and appeals have proceeded together.

22 The facts are straightforward and undisputed. The appellant Wayne Clarence Badger was charged with shooting a moose outside the permitted hunting season contrary to s. 27(1) of the *Wildlife Act*. The appellants Leroy Steven Kiyawasew and Ernest Clarence Ominayak, who had also shot moose, were charged, under s. 26(1) of the same statute, with hunting without a licence. All three appellants, Cree Indians with status under Treaty No. 8, were hunting for food upon lands falling within the tracts surrendered to Canada by the Treaty.

23 The lands in question were all privately owned. Mr. Badger shot a moose on brush land with willow regrowth and scrub. There were no fences or signs posted on the land, but a farm house was located a quarter mile from the place where the moose was shot. Mr. Kiyawasew was hunting on a snow-covered field. There was no fence, but Mr. Kiyawasew testified that he had passed old run-

au droit de ce dernier de chasser pour se nourrir en vertu de la *Convention*, et il sera invalide à moins qu'on ne justifie cette atteinte.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Le pourvoi soulève trois questions. Premièrement, les Indiens visés par le Traité n° 8 ont-ils le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées situées dans le territoire cédé aux termes de ce traité? Deuxièmement, les droits de chasse énoncés dans le Traité n° 8 ont-ils été éteints ou modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, annexe 2)*? Troisièmement, dans quelle mesure, le cas échéant, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, s'appliquent-ils aux appellants?

#### Les faits

Chacun des appelants a été accusé d'une infraction à la *Wildlife Act*. Ils ont été jugés ensemble, tant en première instance qu'en appel.

Les faits sont simples et non contestés. L'appellant Wayne Clarence Badger a été accusé d'avoir, contrairement au par. 27(1) de la *Wildlife Act*, abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. Les appelants Leroy Steven Kiyawasew et Ernest Clarence Ominayak, qui ont eux aussi abattu des orignaux, ont été accusés, en vertu du par. 26(1) de la même loi, d'avoir chassé sans permis. Les trois appelants, des Indiens cris visés par le Traité n° 8, chassaient pour se nourrir sur des terres situées dans les territoires cédés au Canada en vertu du Traité.

Les terres en question étaient des propriétés privées. Monsieur Badger a abattu un orignal dans des taillis couverts de jeunes saules et de broussailles. Il n'y avait ni clôture ni écriteau sur les terres en question, mais une maison de ferme se trouvait à un quart de mille de l'endroit où l'orignal a été abattu. Pour sa part, M. Kiyawasew chassait dans un champ couvert de neige. Le champ n'était pas



down barns shortly before he stopped to shoot the moose. He had seen signs which were posted on the land but he was unable to read them from the road. Mr. Ominayak was hunting on uncleared muskeg. There were no fences, signs or buildings in the vicinity.

The appellants were all convicted in the Provincial Court of Alberta. They appealed their summary convictions to the Court of Queen's Bench, challenging the constitutionality of the *Wildlife Act* in so far as it might affect them as Crees with status under Treaty No. 8. The Court of Queen's Bench affirmed the convictions. The appellants' appeals to the Alberta Court of Appeal were also dismissed.

#### Judgments Below

##### *Alberta Court of Queen's Bench*

Foster J., in brief reasons, held that *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, decided that Treaty No. 8 had been modified by the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* (hereinafter "NRTA"). Accordingly, an individual who comes within the ambit of Treaty No. 8 may hunt in order to obtain food on unoccupied Crown lands or on other lands to which he or she may have a right of access. This is the existing hunting right which is protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Foster J. also relied upon *R. v. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369 (Alta. C.A.), and *R. v. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239 (Alta. C.A.), to hold that an individual does not, without more, have a right of access to private lands. As a result, hunting on those lands was not protected under s. 35(1). Accordingly, she dismissed the appeals.

*Court of Appeal* (1993), 135 A.R. 286

Although all three judges of the Court of Appeal agreed that the appellants' appeals should be dis-

clôturé, mais M. Kiyawasew a témoigné qu'il avait croisé de vieilles granges délabrées peu avant de s'arrêter pour abattre l'original. Il avait vu des écriteaux sur le terrain, mais avait été incapable de les lire depuis la route. Enfin, M. Ominayak chassait dans une savane non déboisée. Il n'y avait pas de clôtures, d'écriteaux ou de bâtiments aux alentours.

Les appelants ont tous été déclarés coupables en Cour provinciale de l'Alberta. Ils ont interjeté appel à la Cour du Banc de la Reine de leur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et contesté la constitutionnalité de la *Wildlife Act* dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à leurs droits en tant que Cris visés par le Traité n° 8. La Cour du Banc de la Reine a confirmé les déclarations de culpabilité, et la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté les appels.

#### Décisions des juridictions inférieures

##### *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Dans des motifs succincts, Madame le juge Foster a conclu que, dans l'arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, il a été décidé que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* (ci-après la «*Convention*») avait eu pour effet de modifier le Traité n° 8. Par conséquent, les personnes visées par ce traité peuvent chasser pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne ou sur d'autres terres auxquelles elles peuvent avoir un droit d'accès. C'est ce droit de chasse existant qui est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Foster s'est également appuyé sur les arrêts *R. c. Cardinal* (1977), 36 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Alb.) et *R. c. Ominayak* (1990), 108 A.R. 239 (C.A. Alb.), pour statuer qu'une personne ne jouit pas de ce seul fait d'un droit d'accès à des terres privées. En conséquence, la chasse sur de telles terres n'était pas protégée par le par. 35(1). Elle a donc rejeté les appels.

*La Cour d'appel* (1993), 135 A.R. 286

Bien que les trois juges de la Cour d'appel aient convenu que les appels devaient être rejetés, ils ont

missed, they travelled by different routes to reach that conclusion.

Per Kerans J.A.

27 Kerans J.A. concluded that it was not necessary to decide either if the hunting in question was protected under Treaty No. 8 or if Alberta could make laws that derogated from treaty rights. Rather, he held that pursuant to *Horseman, supra*, any treaty right to hunt other than on Crown lands had been extinguished by the *NRTA*. The “merger and consolidation” theory applied in *Horseman*, was effectively a theory of “extinguishment and replacement”. Because the Treaty No. 8 hunting right had been extinguished by the *NRTA*, reference could not be made to the Treaty to determine the scope of the “right of access” to hunt on the “other lands” referred to in the *NRTA*. As a result of this finding, he dismissed the appeals.

Per Lieberman J.A.

28 Lieberman J.A. held that *Horseman, supra*, defeated the appellants’ position in this case. He determined, at p. 357, that the “entrenchment of treaty rights in s. 35(1) of the [*Constitution Act*], 1982 has no application to the hunting rights conferred by Treaty No. 8” which he found had been extinguished by the *NRTA*. Thus, he concluded that the terms of the *Wildlife Act* prevailed and the appeals must be dismissed.

Per Conrad J.A.

29 Conrad J.A. held that since *Horseman, supra*, dealt with the right to hunt commercially on Crown lands, it was not binding on the issue as to whether a treaty right to hunt on private lands had been extinguished. Conrad J.A. observed that the question of whether Treaty No. 8 gave the appellants the right to hunt on privately owned lands required that consideration be given to the meaning of “unoccupied” Crown lands in the *NRTA* and

emprunté des voies différentes pour arriver à cette conclusion.

Le juge Kerans

Le juge Kerans a conclu qu’il n’était pas nécessaire de décider si les activités de chasse en question étaient protégées par le Traité n° 8 ou si le législateur albertain pouvait adopter des lois dérogeant à des droits issus de traités. Il a plutôt statué que, suivant l’arrêt *Horseman*, précité, la *Convention* avait eu pour effet d’éteindre tout droit de chasser — issu de traité — ailleurs que sur des terres appartenant à la Couronne, et que la théorie de l’[TRADUCTION] «unification et de la codification» appliquée dans l’arrêt *Horseman* était, dans les faits, une théorie d’«extinction et de substitution». Comme la *Convention* avait éteint le droit de chasser prévu par le Traité n° 8, il était impossible de se référer au Traité pour déterminer la portée du «droit d’accès» aux «autres terres» pour y chasser dont il est fait mention dans la *Convention*. En raison de cette conclusion, il a rejeté les appels.

Le juge Lieberman

Le juge Lieberman a conclu que l’arrêt *Horseman*, précité, réfutait la thèse avancée par les appellants en l’espèce. Il a statué que la [TRADUCTION] «constitutionnalisation des droits issus de traités dans le par. 35(1) de la [*Loi constitutionnelle*] de 1982 ne s’applique pas aux droits de chasse accordés par le Traité n° 8», droits qui, de conclure le juge, avaient été éteints par la *Convention*. En conséquence, il a décidé que les dispositions de la *Wildlife Act* prévalaient et que les appels devaient être rejetés.

Le juge Conrad

Madame le juge Conrad a conclu que, comme l’arrêt *Horseman*, précité, concernait le droit de chasser à des fins commerciales sur les terres de la Couronne, il n’avait pas de caractère obligatoire quant à la question de savoir si le droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées avait été éteint. Le juge Conrad a signalé que, pour répondre à la question de savoir si le Traité n° 8 conférait aux appellants le droit de chasser sur des terres pri-

of “such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes” in Treaty No. 8. Conrad J.A. concluded that Crown lands would not be “unoccupied” merely because they were not put to some visible use. She found that the words “required or taken up” for “other purposes” were critical. She held that if the Crown’s interest was alienated or transferred to a private owner, the Crown had “required or taken up” the land under the Treaty and the land was no longer “unoccupied” under the *NRTA*. She concluded that even if “occupied” as defined in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, refers only to private lands visibly in use, she would extend the ratio of *Horse, supra*, and find that there is no treaty right to hunt on private land, regardless of whether or not it is in visible use. Therefore, she concluded that Treaty No. 8 did not reserve to the appellants the right to hunt on the privately owned lands in question and that the *Wildlife Act* did not infringe the right protected under s. 35(1).

In the event that she was wrong on that issue, Conrad J.A. went on to hold that if the Treaty did give the appellants the right to hunt on private lands, those rights had not been extinguished by the *NRTA*. The *NRTA* did not contain a clear intention to extinguish all treaty hunting rights, but only to extinguish commercial hunting rights on Crown lands. However, the hunting rights granted by the Treaty were not unlimited. They were subject to regulation and it would be necessary to determine if the regulations enacted in the *Alberta Wildlife Act* were a justifiable infringement on s. 35(1). Ultimately, she found that it was unnecessary to undertake an analysis of the justification in light of the fact that she had concluded that the treaty did

vées, il fallait analyser le sens du terme terres «inoccupées» de la Couronne figurant dans la *Convention*, ainsi que le sens du passage suivant du Traité n° 8: [TRADUCTION] «tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Le juge Conrad a statué que les terres de la Couronne n’étaient pas «inoccupées» du seul fait qu’elles ne font pas l’objet de quelque utilisation visible. Elle a jugé que les mots «requis ou pris» pour d’«autres objets» avaient une importance fondamentale. Elle a conclu que si la Couronne aliène ou transfère son droit à des intérêts privés, elle a alors «requis ou pris» les terres en cause au sens du Traité, qui cessent d’être «inoccupées» au sens de la *Convention*. Elle a statué que même si, au sens de l’arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, le mot «occupé» vise uniquement des terres privées utilisées d’une manière visible, elle entendait élargir la portée des motifs déterminants de l’arrêt *Horse*, précité, et conclure qu’il n’existe pas de droit — issu de traité — permettant de chasser sur des terres privées, que ces terres fassent ou non l’objet d’une utilisation visible. Par conséquent, elle a jugé que le Traité n° 8 ne réservait pas aux appelants le droit de chasser sur les terres privées en question, et que la *Wildlife Act* ne portait pas atteinte au droit protégé par le par. 35(1).

Au cas où elle aurait tort sur cette question, le juge Conrad a ensuite conclu que si le Traité conférait effectivement aux appelants le droit de chasser sur des terres privées ce droit n’avait pas été éteint par la *Convention*. En effet, ce texte n’exprime pas clairement l’intention d’éteindre tous les droits de chasse issus de traités, mais seulement l’intention de mettre fin au droit de chasser à des fins commerciales sur les terres de la Couronne. Cependant, les droits de chasse conférés par le Traité n’étaient pas illimités. Ils étaient subordonnés à la réglementation, et, en conséquence, il était nécessaire de décider si les règlements pris en application de la *Wildlife Act* de l’Alberta constituaient une violation justifiable du par. 35(1). En dernière analyse, le juge Conrad a conclu qu’il n’était pas nécessaire de se lancer dans une analyse de la question de la justification, puisqu’elle avait

not confer a right to hunt on private lands. She dismissed the appeals.

#### Relevant Treaty and Statutory Provisions

31 The relevant part of *Treaty No. 8*, made 21 June 1899, provides:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

32 The *Constitution Act, 1930*, s. 1 provides:

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the *Constitution Act, 1867*, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

33 The *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is the Schedule referred to in s. 1. Paragraph 12 of the *NRTA* provides:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

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

conclu que le *Traité* ne conférait pas le droit de chasser sur des terres privées. Elle a rejeté les appels.

#### Dispositions pertinentes des lois et du *Traité*

Le passage pertinent du *Traité n° 8*, conclu le 21 juin 1899, est le suivant:

[TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

L'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930* est ainsi rédigé:

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou dans toute loi la modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois.

Voici le texte du par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930*, qui forme l'annexe mentionnée à l'article premier:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Quant au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il prévoit ceci:

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

Sections 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* provide:

26(1) A person shall not hunt wildlife unless he holds a licence authorizing him, or is authorized by or under a licence, to hunt wildlife of that kind.

27(1) A person shall not hunt wildlife outside an open season or if there is no open season for that wildlife.

### Constitutional Question

The constitutional question stated by this Court on May 2, 1994 is as follows:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* (*Constitution Act, 1930*, 20-21 George V, c. 26 (U.K.)), and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

### Analysis

On this appeal, the extent of the existing right to hunt for food possessed by Indians who are members of bands which were parties to Treaty No. 8 must be determined. The analysis should proceed through three stages. First, it is necessary to decide what effect para. 12 of the *NRTA* had upon the rights enunciated in Treaty No. 8. After resolving which instrument sets out the right to hunt for food, it is necessary to examine the limitations which are inherent in that right. It must be remembered that, even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation. Second, consideration must then be given to the question of whether the existing right to hunt for food can be exercised on privately owned land. Third, it is necessary to determine whether the impugned

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

Enfin, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act*, sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 26(1) Nul ne peut chasser sans détenir le permis requis ou sans y être autorisé en vertu d'un permis.

27(1) Nul ne peut chasser un animal sauvage dont la chasse est interdite ou encore chasser un animal sauvage en dehors de la période fixée à cette fin.

### Question constitutionnelle

Le 2 mai 1994, notre Cour a énoncé la question constitutionnelle suivante:

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* (*Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.)) et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

### Analyse

Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer l'étendue du droit existant de chasser pour se nourrir des Indiens membres des bandes qui étaient parties au Traité n° 8. L'analyse se fera en trois étapes. Premièrement, il est nécessaire de déterminer les effets du par. 12 de la *Convention* sur les droits énoncés au Traité n° 8. Après avoir établi quel texte énonce le droit de chasser pour se nourrir, il est nécessaire d'examiner les restrictions inhérentes à ce droit. Il faut se rappeler que, même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale. Deuxièmement, il faut se demander si le droit existant de chasser pour se nourrir peut être exercé sur des terres privées. Troisièmement, il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées de la

35

36

37

sections of the provincial *Wildlife Act* come within the specific types of regulation which have, since 1899, limited and defined the scope of the right to hunt for food. If they do, those sections do not infringe upon an existing treaty right and will be constitutional. If not, the sections may constitute an infringement of the Treaty rights guaranteed by Treaty No. 8, as modified by the *NRTA*. In this case the impugned provisions should be considered in accordance with the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to determine whether they constitute a *prima facie* infringement of the Treaty rights as modified, and if so, whether the infringement can be justified.

*Wildlife Act* provinciale participent des mesures spécifiques de réglementation qui, depuis 1899, définissent et limitent l'étendue du droit en question. Dans l'affirmative, ces dispositions ne portent pas atteinte à un droit existant issu de traité et elles seront jugées constitutionnelles. Dans le cas contraire, toutefois, ces dispositions peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par le Traité n° 8, qui ont été modifiés par la *Convention*. En l'espèce, il y a lieu d'examiner les dispositions contestées à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, en vue de déterminer si elles constituent une atteinte *prima facie* aux droits modifiés issus du Traité et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée.

38 It is now appropriate to consider the source of the existing right to hunt for food.

Il convient maintenant de s'interroger sur la source du droit existant de chasser pour se nourrir.

#### *The Existing Right to Hunt for Food*

#### *Le droit existant de chasser pour se nourrir*

##### The Hunting Right Provided by Treaty No. 8

##### Le droit de chasser prévu au Traité n° 8

39 Treaty No. 8 is one of eleven numbered treaties concluded between the federal government and various Indian bands between 1871 and 1923. Their objective was to facilitate the settlement of the West. Treaty No. 8, made on June 21, 1899, involved the surrender of vast tracts of land in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and part of the Northwest Territories. In exchange for the land, the Crown made a number of commitments, for example, to provide the bands with reserves, education, annuities, farm equipment, ammunition, and relief in times of famine or pestilence. However, it is clear that for the Indians the guarantee that hunting, fishing and trapping rights would continue was the essential element which led to their signing the treaties. The report of the Commissioners who negotiated Treaty No. 8 on behalf of the government underscored the importance to the Indians of the right to hunt, fish and trap. The Commissioners wrote:

Le Traité n° 8 est l'un des onze traités numérotés qui ont été conclus par le gouvernement fédéral et diverses bandes indiennes entre 1871 et 1923. Ces traités visaient à faciliter la colonisation de l'Ouest. Le Traité n° 8, signé le 21 juin 1899, prévoyait la cession de vastes territoires dans ce qui constitue aujourd'hui le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et une partie des Territoires du Nord-Ouest. En contrepartie de ces territoires, la Couronne a pris un certain nombre d'engagements envers les bandes: par exemple l'engagement de créer des réserves pour les bandes, de pourvoir à l'instruction de leurs membres, de leur verser des annuités, de leur fournir de l'équipement agricole et des munitions, et de leur porter secours en cas de famine et d'épidémie de peste. Cependant, il est clair que pour les Indiens la garantie que leur droit de chasser, de piéger et de pêcher continuerait d'être respecté a été le facteur essentiel qui les a amenés à signer les traités. Dans leur rapport, les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pour le compte du gouvernement ont souligné l'importance qu'avait pour les Indiens le droit de chasser, de piéger et de pêcher. Les commissaires ont écrit ceci:

There was expressed at every point the fear that the making of the treaty would be followed by the curtailment of the hunting and fishing privileges. . . .

We pointed out . . . that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them. . . .

Our chief difficulty was the apprehension that the hunting and fishing privileges were to be curtailed. The provision in the treaty under which ammunition and twine is to be furnished went far in the direction of quieting the fears of the Indians, for they admitted that it would be unreasonable to furnish the means of hunting and fishing if laws were to be enacted which would make hunting and fishing so restricted as to render it impossible to make a livelihood by such pursuits. But over and above the provision, we had to solemnly assure them that only such laws as to hunting and fishing as were in the interest of the Indians and were found necessary in order to protect the fish and fur-bearing animals would be made, and that they would be as free to hunt and fish after the treaty as they would be if they never entered into it. [Emphasis added.]

Treaty No. 8, then, guaranteed that the Indians “shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. The Treaty, however, imposed two limitations on the right to hunt. First, there was a geographic limitation. The right to hunt could be exercised “throughout the tract surrendered . . . saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. Second, the right could be limited by government regulations passed for conservation purposes.

### Impact of Paragraph 12 of the NRTA

#### *Principles of Interpretation*

At the outset, it may be helpful to once again set out some of the applicable principles of interpretation. First, it must be remembered that a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. It is an agreement whose nature is sacred. See *R. v. Sioui*,

[TRADUCTION] Ils [les Indiens] expriment partout la crainte que la signature du traité ne fut suivie d'une restriction des privilèges de chasse et de pêche. . . .

Nous leur fîmes comprendre [. . .] qu'ils auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie, et qu'on espérait que les sauvages s'en serviraient . . .

Notre principale difficulté à surmonter était la crainte qu'on restreindrait leurs privilèges de chasse et de pêche. La disposition du traité en vertu de laquelle des munitions et de la ficelle devaient être fournies contribua beaucoup à apaiser les craintes des sauvages, car ils admirent qu'il ne serait pas raisonnable de leur fournir les moyens de chasser et de pêcher si l'on devait faire une loi qui restreindrait tellement la chasse et la pêche qu'il serait presque impossible de gagner sa vie en s'y livrant. Mais en sus de cette disposition, nous avons dû leur affirmer solennellement qu'on ne ferait sur la chasse et la pêche que des lois qui seraient dans l'intérêt des sauvages et qu'on trouverait nécessaires pour protéger le poisson et les animaux à fourrure, et qu'ils seraient aussi libres de chasser et de pêcher après le traité qu'ils le seraient s'ils n'avaient jamais fait de traité. [Je souligne.]

Le Traité n° 8 garantissait donc aux Indiens [TRADUCTION] «le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche». En revanche, le Traité imposait deux restrictions au droit de chasser. Premièrement, ce droit était assujéti à des limites territoriales. En effet, le droit de chasser pouvait être exercé [TRADUCTION] «dans l'étendue de pays cédée [. . .] sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Deuxièmement, ce droit pouvait être limité par des règlements pris par le gouvernement en matière de conservation.

### Effets du par. 12 de la Convention

#### *Principes d'interprétation*

Il pourrait être utile, au départ, de rappeler certains des principes d'interprétation applicables. Premièrement, il convient de rappeler qu'un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. Voir *R.*

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1063; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 401. Second, the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon 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. See *Sparrow*, *supra*, at pp. 1107-8 and 1114; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.A.), at p. 367. Third, any ambiguities or doubtful expressions in the wording of the treaty or document must be resolved in favour of the Indians. A corollary to this principle is that any limitations which restrict the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. See *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *Simon*, *supra*, at p. 402; *Sioui*, *supra*, at p. 1035; and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43. Fourth, the onus of proving that a treaty or aboriginal right has been extinguished lies upon the Crown. There must be "strict proof of the fact of extinguishment" and evidence of a clear and plain intention on the part of the government to extinguish treaty rights. See *Simon*, *supra*, at p. 406; *Sioui*, *supra*, at p. 1061; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404.

*c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1063; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 401. Deuxièmement, 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 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: *Sparrow*, précité, aux pp. 1107, 1108 et 1114; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.), à la p. 367. Troisièmement, toute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36; *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pp. 142 et 143. Quatrièmement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Il faut apporter la «preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction» ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement d'éteindre des droits issus de traité. Voir *Simon*, précité, à la p. 406; *Sioui*, précité, à la p. 1061; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 404.

42 These principles of interpretation must now be applied to this case.

#### *Interpreting the NRTA*

43 The issue at this stage is whether the *NRTA* extinguished and replaced the Treaty No. 8 right to hunt for food. It is my conclusion that it did not.

44 For ease of reference, para. 12 of the *NRTA* provides:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws

Appliquons maintenant ces principes d'interprétation à la présente affaire.

#### *Interprétation de la Convention*

La question qui se pose à cette étape-ci est de savoir si la *Convention* a éteint et remplacé le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8. Ma conclusion est qu'elle n'a pas eu cet effet.

Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau le texte du par. 12 de la *Convention*:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada con-



respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

It has been held that the *NRTA* had the clear intention of both limiting and expanding the treaty right to hunt. In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, consideration was given to the differences between Treaty No. 6 (which, for this purpose, has a hunting rights clause similar to that in Treaty No. 8) and para. 12 of the *NRTA*. Dickson J., as he then was, held at p. 100:

The essential differences, for present purposes, between the Treaty and the Agreement are (i) under the former the hunting rights were at large while under the latter the right is limited to hunting for food and (ii) under the former the rights were limited to about one-third of the Province of Alberta, while under the latter they extend to the entire province.

And at p. 101, he stated:

The Appellate Division . . . held that para. 12 of the Natural Resources Transfer Agreements of Alberta and Saskatchewan did two things: (i) it enlarged the areas in which Alberta and Saskatchewan Indians could respectively hunt and fish for food; (ii) it limited their rights to hunt and fish otherwise than for food by making those rights subject to provincial game laws. I would agree that such is the effect of para. 12.

To the same effect, see *R. v. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337 (Alta. S.C. App. Div.), at p. 344, as adopted in *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81, at p. 84.

This Court most recently considered the effect the *NRTA* had upon treaty rights in *Horseman*, *supra*. There, it was held that para. 12 of the *NRTA*

sent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Il a été décidé que la *Convention* exprimait clairement l'intention tant de restreindre le droit de chasser prévu par le traité que d'élargir la portée de ce droit. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, notre Cour a étudié les différences qui existent entre le Traité n° 6 (qui, en ce qui nous concerne, contient une disposition touchant les droits de chasse analogue à celle figurant au Traité n° 8) et le par. 12 de la *Convention*. Le juge Dickson, plus tard juge en chef, a tiré la conclusion suivante, à la p. 100:

Aux fins de ce litige, les différences essentielles entre le traité et la *Convention* se résument comme suit: (i) en vertu du traité, les droits de chasse ne sont pas définis alors qu'en vertu de la *Convention*, ils sont limités à la chasse de subsistance et (ii) en vertu du traité, ces droits sont limités à environ un tiers de la province de l'Alberta alors qu'en vertu de la *Convention*, ils s'étendent à toute la province.

Il a ajouté ceci, à la p. 101:

La Division d'appel a [. . .] conclu que l'art. 12 des *Conventions* sur les ressources naturelles de l'Alberta et de la Saskatchewan avait un double effet: (i) agrandir le territoire sur lequel les Indiens de l'Alberta et de la Saskatchewan pouvaient respectivement chasser et pêcher pour leur nourriture et (ii) restreindre leurs droits de chasse et de pêche dans un autre but que leur subsistance, en assujettissant l'exercice de ces droits aux lois provinciales sur la protection de la faune. Je pense que cela résume bien l'effet de l'art. 12.

Au même effet, voir la décision *R. c. Wesley*, [1932] 2 W.W.R. 337 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 344, à laquelle a souscrit notre Cour dans l'arrêt *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, à la p. 84.

Tout récemment, dans l'arrêt *Horseman*, précité, notre Cour a étudié l'effet de la *Convention* sur les droits issus de traités. Elle y a conclu que le par. 12

evidenced a clear intention to extinguish the treaty protection of the right to hunt commercially. However, it was emphasized that the right to hunt for food continued to be protected and had in fact been expanded by the *NRTA*. At page 933, this appears:

Although the Agreement did take away the right to hunt commercially, the nature of the right to hunt for food was substantially enlarged. The geographical areas in which the Indian people could hunt was widely extended. Further, the means employed by them in hunting for their food was placed beyond the reach of provincial governments. For example, they may hunt deer with night lights and with dogs, methods which are or may be prohibited for others. Nor are the Indians subject to seasonal limitations as are all other hunters. That is to say, they can hunt ducks and geese in the spring as well as the fall, just as they may hunt deer at any time of the year. Indians are not limited with regard to the type of game they may kill. That is to say, while others may be restricted as to the species or sex of the game they may kill, the Indians may kill for food both does and bucks; cock pheasants and hen pheasants; drakes and hen ducks. [Emphasis added.]

See also *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695, at p. 722; and *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at p. 141. I might add that *Horseman, supra*, is a recent decision which should be accepted as resolving the issues which it considered. The decisions of this Court confirm that para. 12 of the *NRTA* did, to the extent that its intent is clear, modify and alter the right to hunt for food provided in Treaty No. 8.

de la *Convention* démontrait l'existence d'une intention claire d'éteindre la protection par le traité du droit de faire la chasse commerciale. Toutefois, il y a été précisé que le droit de chasser pour se nourrir continuait d'être protégé et qu'il avait, de fait, été élargi par la *Convention*. À la p. 933, on peut lire ceci:

Quoique la *Convention* ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis. En outre, les moyens employés par eux aux fins de la chasse pour se nourrir ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux. Il est, par exemple, permis aux Indiens de chasser le chevreuil en se servant d'un faisceau lumineux et de chiens, méthodes qui sont ou peuvent être défendues aux autres. Les Indiens ne sont pas non plus soumis aux restrictions saisonnières que se voient imposer tous les autres chasseurs. C'est-à-dire qu'ils peuvent chasser le canard et l'oie au printemps comme à l'automne, tout comme ils peuvent chasser le chevreuil à longueur d'année. Les Indiens ne sont assujettis à aucune restriction quant au type de gibier qu'ils peuvent tuer. Cela veut dire que si d'autres personnes peuvent avoir à respecter des restrictions en ce qui concerne l'espèce ou le sexe du gibier qu'elles peuvent tuer, les Indiens eux peuvent, pour se nourrir, tuer le mâle et la femelle du chevreuil, faisans et faisanes, canards et canes. [Je souligne.]

Voir également les arrêts *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, à la p. 722, et *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, à la p. 141. Je tiens à ajouter que le récent arrêt *Horseman*, précité, doit être considéré comme ayant tranché les questions qui y étaient soulevées. Les décisions de notre Cour confirment que, dans la mesure où cette intention y est clairement exprimée, le par. 12 de la *Convention* modifie le droit de chasser pour se nourrir prévu par le Traité n° 8.

À la lumière de l'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930*, il ne saurait faire de doute que le par. 12 de la *Convention* est une règle de droit ayant force obligatoire. Cette disposition est le texte juridique qui, actuellement, énonce et régit le droit de chasse des Indiens. Toutefois, l'existence de la *Convention* n'a pas enlevé au Traité n° 8 toute son importance juridique. Les traités sont des promesses sacrées, et l'honneur de la

Pursuant to s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, there can be no doubt that para. 12 of the *NRTA* is binding law. It is the legal instrument which currently sets out and governs the Indian right to hunt. However, the existence of the *NRTA* has not deprived Treaty No. 8 of legal significance. Treaties are sacred promises and the Crown's honour requires the Court to assume that the Crown intended to fulfil its promises. Treaty rights can

only be amended where it is clear that effect was intended. It is helpful to recall that Dickson J. in *Frank, supra*, observed at p. 100 that, while the *NRTA* had partially amended the scope of the Treaty hunting right, “of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food” (emphasis added). I believe that these words support my conclusion that the Treaty No. 8 right to hunt has only been altered or modified by the *NRTA* to the extent that the *NRTA* evinces a clear intention to effect such a modification. This position has been repeatedly confirmed in the decisions referred to earlier. Unless there is a direct conflict between the *NRTA* and a treaty, the *NRTA* will not have modified the treaty rights. Therefore, the *NRTA* language which outlines the right to hunt for food must be read in light of the fact that this aspect of the treaty right continues in force and effect.

Like Treaty No. 8, the *NRTA* circumscribes the right to hunt for food with respect to both the geographical area within which this right may be exercised as well as the regulations which may properly be imposed by the government. The geographical limitations must now be considered.

#### Geographical Limitations on the Right to Hunt for Food

Under the *NRTA*, Indians may exercise a right to hunt for food “on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access”. In the present appeals, the hunting occurred on lands which had been included in the 1899 surrender but were now privately owned. Therefore, it must be determined whether these privately owned lands were “other

Couronne commande que la Cour présume que cette dernière entendait respecter ses promesses. Des droits issus de traités ne peuvent être modifiés que lorsque c’est clairement cet effet qui était visé. Il est utile de rappeler que, à la p. 100 de l’arrêt *Frank*, précité, le juge Dickson a souligné que même si la *Convention* avait partiellement modifié la portée du droit de chasse prévu au Traité ce texte a «également [. . .] réaffirm[é] et [. . .] garanti[. . .] aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance» (je souligne). À mon avis, ces propos appuient ma conclusion que le droit de chasser prévu au Traité n° 8 a été modifié par la *Convention*, mais uniquement dans la mesure où l’intention d’apporter cette modification ressort clairement de ce texte. Le bien-fondé de cette thèse a été confirmé à maintes reprises dans les décisions mentionnées précédemment. La *Convention* n’a eu pour effet de modifier des droits issus de traités que dans les cas où il y avait conflit direct entre elle et le traité en cause. Par conséquent, le texte de la *Convention* qui énonce le droit de chasser pour se nourrir doit être interprété à la lumière du fait que cet aspect du droit de chasser issu du traité continue d’être en vigueur et de produire ses effets.

À l’instar du Traité n° 8, la *Convention* circonscrit le droit de chasser pour se nourrir, et ce tant en ce qui concerne le territoire sur lequel ce droit peut être exercé qu’en ce qui concerne la réglementation dont le gouvernement peut à bon droit imposer le respect dans l’exercice du droit en question. Examinons d’abord la question des limites territoriales.

#### Limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir

Aux termes de la *Convention*, les Indiens peuvent exercer le droit de chasser pour se nourrir «sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès». Dans les présents pourvois, la chasse a été pratiquée sur des terres qui, bien que visées par la cession de 1899, étaient devenues des terres privées. Par consé-

lands” to which the Indians had a “right of access” under the Treaty.

quent, il faut déterminer si ces terres privées étaient d’«autres terres» auxquelles les Indiens avaient un «droit d’accès» en vertu du Traité.

50 At this stage, three preliminary points should be made. First, the “right of access” in the *NRTA* does not refer to a general right of access but, rather, it is limited to a right of access for the purposes of hunting: *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, at p. 97; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 459. For example, everyone can travel on public highways, but this general right of access cannot be read as conferring upon Indians a right to hunt on public highways.

À cette étape-ci, trois remarques préliminaires s’imposent. Premièrement, le «droit d’accès» prévu par la *Convention* n’est pas un droit d’accès général, mais plutôt un droit d’accès limité pour chasser: *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, à la p. 97; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, à la p. 459. Par exemple, même si toute personne peut circuler sur les routes publiques, ce droit d’accès général ne peut être interprété comme ayant pour effet de conférer aux Indiens le droit de chasser sur les routes publiques.

51 Second, because the various treaties affected by the *NRTA* contain different wording, the extent of the treaty right to hunt on privately owned land may well differ from one treaty to another. While some treaties contain express provisions with respect to hunting on private land, others, such as Treaty No. 8, do not. Under Treaty No. 8, the right to hunt for food could be exercised “throughout the tract surrendered” to the Crown “saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Accordingly, if the privately owned land is not “required or taken up” in the manner described in Treaty No. 8, it will be land to which the Indians had a right of access to hunt for food.

Deuxièmement, étant donné que les divers traités touchés par la *Convention* sont libellés différemment, la portée du droit issu de traité de chasser sur des terres privées peut très bien varier d’un traité à l’autre. Alors que certains traités comportent des dispositions touchant expressément la chasse sur des terres privées, d’autres, comme le Traité n° 8, n’en ont pas. Sous le régime du Traité n° 8, le droit de chasser pour se nourrir pouvait être exercé [TRADUCTION] «dans l’étendue de pays cédée» à la Couronne, [TRADUCTION] «sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Par conséquent, si les terres privées ne sont pas «requisées ou prises» de la manière prévue au Traité n° 8, les Indiens y ont accès afin d’y chasser pour se nourrir.

52 Third, the applicable interpretative principles must be borne in mind. Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and any uncertainties, ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians. In addition, 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

Troisièmement, il faut garder à l’esprit les principes d’interprétation applicables. Les traités et les lois qui concernent les Indiens doivent être interprétés de façon libérale, et toute incertitude ou ambiguïté doit profiter aux Indiens. En outre, 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*, précité, à la

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. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. This applies, as well, to those words in a treaty which impose a limitation on the right which has been granted. See *Nowegijick*, *supra*, at p. 36; *Sioui*, *supra*, at pp. 1035-36 and 1044; *Sparrow*, *supra*, at p. 1107; and *Mitchell*, *supra*, where La Forest J. noted the significant difference that exists between the interpretation of treaties and statutes which pertain to Indians.

The evidence led at trial indicated that in 1899 the Treaty No. 8 Indians would have understood that land had been "required or taken up" when it was being put to a use which was incompatible with the exercise of the right to hunt. Historian John Foster gave expert evidence in this case. His testimony indicated that, in 1899, Treaty No. 8 Indians would not have understood the concept of private and exclusive property ownership separate from actual land use. They understood land to be required or taken up for settlement when buildings or fences were erected, land was put into crops, or farm or domestic animals were present. Enduring church missions would also be understood to constitute settlement. These physical signs shaped the Indians' understanding of settlement because they were the manifestations of exclusionary land use which the Indians had witnessed as new settlers moved into the West. The Indians' experience with the Hudson's Bay Company was also relevant.

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. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. Cela vaut également pour les mots d'un traité qui ont pour effet de limiter le droit accordé dans celui-ci. Voir *Nowegijick*, précité, à la p. 36; *Sioui*, précité, aux pp. 1035, 1036 et 1044; *Sparrow*, précité, à la p. 1107; et *Mitchell*, précité, où le juge La Forest a fait état de l'importante différence qui existe entre l'interprétation des traités avec les Indiens et des lois touchant ces derniers.

La preuve produite au procès a indiqué que, en 1899, les Indiens visés par le Traité n° 8 comprenaient que des terres étaient «requisées ou prises» si elles étaient utilisées à des fins incompatibles avec l'exercice du droit de chasse. L'historien John Foster a témoigné à titre d'expert dans le cadre de la présente affaire. Il ressort de son témoignage que, en 1899, les Indiens visés par le Traité n° 8 n'auraient pas saisi le concept selon lequel un particulier peut être propriétaire exclusif de terrains, indépendamment de l'utilisation concrète qui en est faite. Pour les Indiens, des terres étaient requises ou prises pour des fins de colonisation si on y construisait des bâtiments ou des clôtures, si on les cultivait ou si on y gardait des animaux de ferme ou des animaux domestiques. L'établissement de missions religieuses permanentes aurait également été perçu comme un signe de colonisation. Ces indications matérielles ont façonné la conception qu'avaient les Indiens de la colonisation, puis-

Although that company had title to vast tracts of land, the Indians were not excluded from and in fact continued hunting on these lands. In the course of their trading, the Hudson's Bay Company and the Northwest Company had set up numerous posts that were subsequently abandoned. The presence of abandoned buildings, then, would not necessarily signify to the Indians that land was taken up in a way which precluded hunting on them. Yet, it is dangerous to pursue this line of thinking too far. The abandonment of land may be temporary. Owners may return to reoccupy the land, to undertake maintenance, to inspect it or simply to enjoy it. How "unoccupied" the land was at the relevant time will have to be explored on a case-by-case basis.

qu'elles étaient des manifestations de l'utilisation exclusive des terres dont les Indiens avaient été témoins à l'arrivée des colons dans l'Ouest. L'expérience des Indiens dans leurs rapports avec la Compagnie de la Baie d'Hudson était également pertinente. En effet, même si la Compagnie était propriétaire de vastes étendues, il n'avait pas été interdit aux Indiens d'y chasser, et, de fait, ils avaient continué à le faire. Dans le cours de leurs activités commerciales, la Compagnie de la Baie d'Hudson et la Compagnie du Nord-Ouest avaient établi de nombreux postes de traite qui ont par la suite été abandonnés. La présence de bâtiments abandonnés n'aurait donc pas nécessairement signifié pour les Indiens que les terres en question avaient été prises d'une manière qui les empêchait d'y chasser. Il est cependant risqué de pousser trop loin ce raisonnement. L'abandon d'une terre peut n'être que temporaire. En effet, le propriétaire peut y revenir pour l'occuper de nouveau, pour l'entretenir, pour l'inspecter ou tout simplement pour en jouir. La question de savoir dans quelle mesure la terre en cause était «inoccupée» au moment concerné doit être tranchée au cas par cas.

54

An interpretation of the Treaty properly founded upon the Indians' understanding of its terms leads to the conclusion that the geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use. This approach is consistent with the oral promises made to the Indians at the time the Treaty was signed, with the oral history of the Treaty No. 8 Indians, with earlier case law and with the provisions of the *Alberta Wildlife Act* itself.

Si on interprète les termes du Traité en se fondant, comme il se doit, sur la conception qu'en ont les Indiens, on est amené à conclure que la limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s'appuyer sur le critère de l'utilisation visible et incompatible des terres en cause. Cette solution est conforme aux promesses verbales faites aux Indiens au moment de la signature du Traité, à l'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8, aux premières décisions des tribunaux sur la question et aux dispositions mêmes de la *Wildlife Act* de l'Alberta.

55

The Indian people made their agreements orally and recorded their history orally. Thus, the verbal promises made on behalf of the federal government at the times the treaties were concluded are of great significance in their interpretation. Treaty No. 8 was initially concluded with the Indians at Lesser Slave Lake. The Commissioners then travelled to many other bands in the region and sought their adhesion to the Treaty. Oral promises were made with the Lesser Slave Lake band and with

Comme les Indiens concluaient leurs ententes verbalement et transmettaient leur histoire oralement, les promesses verbales faites pour le compte du gouvernement fédéral au moment de la conclusion des traités revêtent une importance considérable pour l'interprétation de ceux-ci. Le Traité n° 8 a été conclu en premier avec les Indiens de la région du Petit lac des Esclaves. Les commissaires se déplacèrent ensuite pour aller rencontrer de nombreuses autres bandes de la région en vue

the other Treaty signatories and these promises have been recorded in the Treaty Commissioners' Reports and in contemporary affidavits and diaries of interpreters and other government officials who participated in the negotiations. See in particular: Richard Daniel, "The Spirit and Terms of Treaty Eight", in Richard Price, ed., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (1979), at pp. 47-100; and René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), at pp. 73-100. The Indians' primary fear was that the treaty would curtail their ability to pursue their livelihood as hunters, trappers and fishers. Commissioner David Laird, as cited in Daniel, "The Spirit and Terms of Treaty Eight", at p. 76, told the Lesser Slave Lake Indians in 1899:

Indians have been told that if they make a treaty they will not be allowed to hunt and fish as they do now. This is not true. Indians who take treaty will be just as free to hunt and fish all over as they now are.

In return for this the Government expects that the Indians will not interfere with or molest any miner, traveller or settler. [Emphasis added.]

Since the Treaty No. 8 lands were not well suited to agriculture, the government expected little settlement in the area. The Commissioners, cited in Daniel, at p. 81, indicated that "it is safe to say that so long as the fur-bearing animals remain, the great bulk of the Indians will continue to hunt and to trap". The promise that this livelihood would not be affected was repeated to all the bands who signed the Treaty. Although it was expected that some white prospectors might stake claims in the north, this was not expected to have an impact on the Indians' hunting rights. For example, one com-

d'obtenir leur adhésion au Traité. Certaines promesses verbales ont été faites à la bande du Petit lac des Esclaves et aux autres signataires du Traité, et ces promesses ont été consignées dans les rapports des commissaires, dans des affidavits faits à la même époque et dans des journaux tenus par des interprètes et autres représentants du gouvernement ayant participé aux négociations. Voir, en particulier: Richard Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», dans Richard Price, dir., *The Spirit of the Alberta Indian Treaties* (1979), aux pp. 47 à 100; et René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* (1973), aux pp. 73 à 100. La principale crainte des Indiens était que le traité restreindrait leur capacité de gagner leur vie en tant que chasseurs, de trappeurs et pêcheurs. Le commissaire David Laird a dit ceci aux Indiens du Petit lac des Esclaves en 1899, propos qui sont cités dans Daniel, «The Spirit and Terms of Treaty Eight», à la p. 76:

[TRADUCTION] Les Indiens se sont fait dire que s'ils signent un traité, ils ne pourront plus chasser et pêcher comme ils le font actuellement. Cela est faux. Les Indiens qui signeront le traité seront tout aussi libres qu'ils le sont actuellement de chasser et de pêcher partout.

En contrepartie, le gouvernement s'attend à ce que les Indiens ne nuisent pas aux mineurs, aux voyageurs ou aux colons et ne les molestent pas. [Je souligne.]

Comme les terres visées par le Traité n° 8 étaient impropres à l'agriculture, le gouvernement prévoyait peu d'activités de colonisation dans la région. Les commissaires, dont les propos sont rapportés dans Daniel, à la p. 81, ont affirmé qu'[TRADUCTION] «il est possible de dire, sans risque de se tromper, que tant et aussi longtemps qu'il y aura des animaux à fourrure, la vaste majorité des Indiens continueront à chasser et à piéger». La promesse que ce moyen de gagner leur vie ne serait pas touché a été faite à toutes les bandes qui ont signé le Traité. Même si on prévoyait que des prospecteurs blancs jalonnaient des claims dans le nord, on n'entrevoit pas que cela aurait des conséquences sur les droits de chasse des Indiens. Par exemple, voici les propos, cités dans René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall*

missioner, cited in René Fumoleau, O.M.I., *As Long as this Land Shall Last*, at p. 90, stated:

We are just making peace between Whites and Indians — for them to treat each other well. And we do not want to change your hunting. If Whites should prospect, stake claims, that will not harm anyone.

*Last*, à la p. 90, qu'a tenu un commissaire à cet égard:

[TRADUCTION] Nous faisons simplement la paix entre les Blancs et les Indiens — afin qu'ils se conduisent bien les uns envers les autres. Et nous ne voulons rien changer à votre chasse. Si les Blancs prospectent, jalonnent des claims, personne n'en subira de préjudice.

56

Commissioner Laird told the Indians that the promises made to them were to be similar to those made with other Indians who had agreed to a treaty. Accordingly, it is significant that the earlier promises also contemplated a limited interference with Indians' hunting and fishing practices. See, for example, Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, *supra*. In negotiating Treaty No. 1, the Lieutenant Governor of Manitoba, A. G. Archibald, made the following statement to the Indians, at p. 29:

When you have made your treaty you will still be free to hunt over much of the land included in the treaty. Much of it is rocky and unfit for cultivation, much of it that is wooded is beyond the places where the white man will require to go, at all events for some time to come. Till these lands are needed for use you will be free to hunt over them, and make all the use of them which you have made in the past. But when lands are needed to be tilled or occupied, you must not go on them any more. There will still be plenty of land that is neither tilled nor occupied where you can go and roam and hunt as you have always done, and, if you wish to farm, you will go to your own reserve where you will find a place ready for you to live on and cultivate. [Emphasis added.]

With respect to Treaty No. 4, Lt. Gov. Morris made the following statement to the Indians, at p. 96:

We have come through the country for many days and we have seen hills and but little wood and in many places little water, and it may be a long time before there are many white men settled upon this land, and you will have the right of hunting and fishing just as you

Le commissaire Laird a déclaré aux Indiens qu'on leur faisait des promesses analogues à celles faites aux autres Indiens ayant déjà conclu un traité. En conséquence, il est important de signaler que, dans les premières promesses faites aux Indiens, on envisageait également la possibilité d'une atteinte limitée à leurs pratiques en matière de chasse et de pêche. Voir, par exemple, Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, *op. cit.* Au cours de la négociation du Traité n° 1, le lieutenant-gouverneur du Manitoba, A. G. Archibald, a déclaré ce qui suit aux Indiens, à la p. 29:

[TRADUCTION] Quand vous aurez signé votre traité, vous serez encore libres de chasser sur une bonne partie des terres qu'il vise. Elles sont en grande partie rocheuses et impropres à la culture. Les terres boisées se situent dans une large mesure en dehors des régions où les Blancs devront aller et cet état de choses devrait durer encore assez longtemps. En attendant qu'on ait besoin de ces terres, vous pourrez y chasser et vous en servir comme vous l'avez fait par le passé. Mais dès qu'on en aura besoin pour la culture ou pour les occuper, vous ne devrez plus y pénétrer. Il y aura encore à ce moment-là de grandes étendues de terre qui ne seront ni cultivées ni occupées où vous pourrez circuler et chasser comme vous l'avez toujours fait et, si vous souhaitez devenir cultivateurs, vous irez sur votre propre réserve où vous trouverez un terrain sur lequel vous pourrez vous installer et que vous pourrez cultiver. [Je souligne.]

Relativement au Traité n° 4, le lieutenant-gouverneur Morris a affirmé ce qui suit aux Indiens, à la p. 96:

[TRADUCTION] Nous avons mis bien des jours à traverser le pays et nous avons vu des collines mais pas beaucoup d'arbres. À bien des endroits, il n'y a que peu d'eau. Il pourra s'écouler beaucoup de temps avant que des Blancs ne viennent s'installer en grand nombre sur ce



have now until the land is actually taken up. [Emphasis added.]

With respect to Treaty No. 6, Lt. Gov. Morris stated at p. 218:

You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt. [Emphasis added.]

The oral history of the Treaty No. 8 Indians reveals a similar understanding of the treaty promises. Dan McLean, an elder from the Sturgeon Lake Indian Reserve, gave evidence in this trial. He indicated that the understanding of the treaty promise was that Indians were allowed to hunt anytime for food to feed their families. They could hunt on unoccupied Crown land and on abandoned land. If there was no fence on the land, they could hunt, but if there was a fence, they could not hunt there. This testimony is consistent with the oral histories presented by other Treaty No. 8 elders whose stories have been recorded by historians. The Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings. No doubt the Indians believed that most of the Treaty No. 8 land would remain unoccupied and so would be available to them for hunting, fishing and trapping. See *The Spirit of the Alberta Indian Treaties, supra*, at pp. 92-100.

Accordingly, the oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occu-

territoire et en attendant que cela se produise, vous aurez le même droit de chasser et de pêcher que vous avez maintenant. [Je souligne.]

En ce qui concerne le Traité n° 6, le lieutenant-gouverneur Morris a dit ceci, à la p. 218:

[TRADUCTION] Vous voulez être libres de chasser comme auparavant. Je vous ai dit que nous ne voulons pas vous priver de ce moyen de subsistance; rien n'est changé sauf que, si un homme, qu'il soit Indien ou métis, possède un bon champ de grain, il vous faudra prendre garde de le ravager en chassant. [Je souligne.]

L'histoire orale des Indiens visés par le Traité n° 8 révèle une conception analogue des promesses faites dans le cadre des traités. Dan McLean, un ancien de la réserve indienne de Sturgeon Lake, a témoigné au procès tenu en l'espèce. Il a déclaré que les Indiens comprenaient qu'on leur promettait qu'ils pourraient chasser en tout temps pour nourrir leurs familles, qu'ils pouvaient chasser sur les terres inoccupées de la Couronne et sur des terres abandonnées. Que si aucune clôture n'entourait une terre, ils pouvaient y chasser, mais que si la terre était clôturée, ils ne pouvaient le faire. Ce témoignage est conforme à l'histoire orale relatée par d'autres anciens visés par le Traité n° 8 et consignée par des historiens. Les Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l'exploitation minières, et qu'ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons. Il ne fait aucun doute que les Indiens croyaient que la majeure partie des terres visées par le Traité n° 8 resteraient inoccupées et qu'ils pourraient donc y pratiquer la chasse, le piégeage et la pêche. Voir *The Spirit of the Alberta Indian Treaties, op. cit.*, aux pp. 92 à 100.

Par conséquent, il ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et con-

ped is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis.

clu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas.

59 Most of the cases which have considered the geographical limitations on the right to hunt have been concerned with situations where the hunting took place on Crown land. In those cases, it was held that Crown lands were only "occupied" or "taken up" when they were actually put to an active use which was incompatible with hunting. For example, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.), considered whether Indians had a right to hunt for food on a game preserve located on Crown land. There, in my view, it was correctly observed at p. 436 that "it is proper to consult th[e] treaty in order to glean from it whatever may throw some light on the meaning to be given to the words" in the *NRTA*. It was sensibly held at p. 437 that the Indians did not have a right of access to hunt on the game preserve because to do so would be incompatible with the fundamental purpose of establishing a preserve: "a game preserve would be one in name only if the Indians, or any other class of people, were entitled to shoot in it". See also *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), in which Crown land was taken up for a forest and game preserve; and *Mousseau*, *supra*, in which Crown land was taken up for a public road. However, the courts have recognized an existing treaty right to hunt on Crown land taken up as a forest because hunting for food is not incompatible with that particular land use: *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.). Finally, where limited hunting by non-Indians is permitted on Crown land taken up as a wildlife management area or a fur conservation area, the courts have held that Indians continue to have an unlimited right of access for the purposes of hunting for food: *Strongquill*, *supra*, at pp. 267 and 271; *Sutherland*, *supra*, at pp. 460 and 464-65; and

Dans la plupart des affaires où la question de la limitation territoriale du droit de chasser s'est posée, les activités de chasse en cause avaient eu lieu sur des terres de la Couronne. Il a été jugé, dans ces décisions, que des terres de la Couronne n'étaient «occupées» ou «prises» que lorsqu'on y faisait concrètement une utilisation active et incompatible avec la chasse. Par exemple, dans *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), on s'est demandé si les Indiens avaient le droit de chasser pour se nourrir dans une réserve faunique située sur des terres de la Couronne. Dans cette décision, la cour a, selon moi, signalé à juste titre qu'[TRADUCTION] «il convient de consulter le traité concerné pour voir s'il est possible d'en tirer des éléments susceptibles de jeter quelque lumière sur le sens à donner au texte» de la *Convention*. On a raisonnablement conclu à la p. 437 que les Indiens ne disposaient pas d'un droit d'accès à la réserve faunique pour y chasser, car cela serait incompatible avec l'objet fondamental de l'établissement d'une telle réserve: [TRADUCTION] «une telle réserve n'aurait de faunique que le nom si les Indiens ou tout autre groupe de personnes étaient autorisés à y chasser». Voir également l'affaire *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), où des terres de la Couronne ont été prises pour l'établissement d'une réserve forestière et faunique; et l'arrêt *Mousseau*, précité, où des terres de la Couronne ont été prises pour la construction d'une voie publique. Les tribunaux ont cependant reconnu un droit existant — issu de traité — de chasser sur des terres de la Couronne prises pour l'établissement d'une réserve forestière, puisque la pratique de la chasse pour se nourrir n'est pas incompatible avec l'utilisation particulière qui était faite des terres en cause: *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.). Enfin, lorsque les non-Indiens disposent d'un droit limité de chasser sur des terres de la Couronne prises en tant que zone de gestion de la faune ou zone de conservation des animaux à fourrure, les tribunaux ont conclu que les Indiens continuent d'avoir un droit d'accès illimité à ces terres afin d'y chasser pour se nourrir: *Strongquill*,

*Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 292.

A second but shorter line of cases has considered whether Indians have a treaty right of access to hunt on privately owned lands. While various factual situations have been considered, the courts have not settled the question as to whether the Treaty No. 8 right to hunt for food extends to privately owned land which is not put to visible use. This Court has considered hunting on private land in two cases.

In *Myran, supra*, the accused were charged with hunting without due regard for the safety of others. In *obiter*, it was stated that the accused persons did not have a right of access to the lands on which they had hunted. In an earlier case, the Manitoba Court of Appeal had held that, unless privately owned lands were posted with signs explicitly prohibiting hunting, both Indians and non-Indians could hunt there. *Myran, supra*, overturned that line of reasoning, holding that, in and of itself, the absence of signs did not establish a right of access for hunting purposes. That position was adopted in *Horse, supra*, at p. 195. However, *Myran, supra*, did not explore in any detail the extent of the right of access. Accordingly, the full scope of the treaty right to hunt on private land remains to be considered. In addition, because the right of access is a question of fact, the particular facts arising in *Myran, supra*, are significant. In that case, the accused persons were hunting for food in an alfalfa field belonging to a farmer who had been awakened by the sound of the accused's rifle shots and by the accused's hunting light flashing through his bedroom window. The rifles had a range of nearly two miles and there were farm houses, highways, pastures, a town and a breeding station within their range. On those facts, there is no doubt that the

précité, aux pp. 267 et 271; *Sutherland*, précité, aux pp. 460, 464 et 465; et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 292.

Dans une seconde série de décisions, celles-là moins nombreuses, on s'est demandé si les Indiens avaient un droit d'accès — issu de traité — aux terres privées pour y chasser. Bien que ce point ait été examiné en regard de différentes situations factuelles, les tribunaux n'ont toutefois pas tranché la question de savoir si le droit de chasser pour se nourrir prévu au Traité n° 8 s'étend aux terres privées qui ne font pas l'objet d'une utilisation visible. Notre Cour a étudié la question de la chasse sur des terres privées dans deux arrêts.

Dans *Myran*, précité, on reprochait aux accusés d'avoir chassé sans égard pour la sécurité d'autrui. Dans une remarque incidente, la Cour a déclaré que les accusés n'avaient aucun droit d'accès aux terres où ils avaient chassé. Dans une affaire antérieure, la Cour d'appel du Manitoba avait conclu que, en l'absence d'écriteau interdisant expressément la chasse sur les terres privées en cause, tant les Indiens que les non-Indiens pouvaient y chasser. Dans *Myran*, précité, notre Cour a écarté ce raisonnement et statué que le seul fait qu'il n'y avait pas d'écriteau n'établissait pas pour autant l'existence d'un droit d'accès pour la chasse. Cette position a été adoptée dans l'arrêt *Horse*, précité, à la p. 195. Toutefois, dans *Myran*, précité, notre Cour n'a pas examiné en détail l'étendue du droit d'accès. Par conséquent, la question de la portée exacte du droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées reste à trancher. En outre, comme le droit d'accès est une question de fait, les faits particuliers de l'arrêt *Myran*, précité, sont importants. Dans cette affaire, les accusés chassaient pour se nourrir dans le champ de luzerne d'un cultivateur qui avait été réveillé par le bruit des coups de carabine ainsi que par la lumière du projecteur des accusés, qui brillait à travers la fenêtre de sa chambre à coucher. Les carabines avaient une portée de près de deux milles et, dans ce rayon, il y avait des fermes, des routes, des pâturages, un village et un établissement d'amélioration génétique. À la lumière de ces faits, il ne fait aucun doute que les terres visées faisaient l'objet

60

61

land was put to an active and visible use which was incompatible with hunting.

d'une utilisation active, visible et incompatible avec la pratique de la chasse.

<sup>62</sup> In *Horse, supra*, the accused persons were hunting on privately owned land without the owner's permission. This Court stated repeatedly that Treaty No. 6 did not afford the accused a right of access to hunt on "occupied private lands" (see pp. 198, 204 and 209-10). In *Horse, supra*, the private lands were not posted, but they were sown to hay and grain and, thus, were visibly and actively used for farming. In light of these facts, there was no need to consider what was encompassed by the term "occupied private land". The use of the land was so readily apparent that it clearly fell within the category of occupied land. Similarly, in *Mousseau, supra*, at p. 97, this Court indicated that Indians had a right to hunt on: (a) all unoccupied Crown lands; (b) any occupied Crown land to which they had a right of access by statute, common law or otherwise; and (c) "any occupied private lands to which the Indians have a right of access by custom, usage, or consent of the owner or occupier, for the purpose of hunting, trapping, or fishing". However, that case involved hunting on a public highway which was clearly occupied Crown land. Although *Mousseau, supra*, summarized this Court's position on that point, the question of hunting on unoccupied private land was neither then, nor previously, before the Court. As a result, in both *Horse, supra*, and *Mousseau, supra*, the question of whether the Treaty protected a right of access to unoccupied private lands — private lands which had not been taken up for settlement or other purposes — was left unresolved.

Dans *Horse*, précité, les accusés chassaient sur des terres privées sans l'autorisation du propriétaire. Notre Cour a déclaré à plusieurs reprises que le Traité n° 6 ne conférait pas aux accusés un droit d'accès à des «terres privées occupées» pour y chasser (voir les pp. 198, 204, 209 et 210). Dans l'affaire *Horse*, précité, il n'y avait aucun écriteau sur les terres privées en cause, qui étaient toutefois affectées à la culture du foin et des céréales et qui servaient donc visiblement et activement à l'agriculture. Compte tenu de ces faits, il était inutile de se demander ce que visait l'expression «terre privée occupée». L'utilisation des terres était si évidente qu'il était clair qu'elles appartenaient à la catégorie des terres occupées. De même, dans l'arrêt *Mousseau*, précité, à la p. 97, notre Cour a indiqué que les Indiens avaient le droit de chasser a) sur toutes les terres inoccupées de la Couronne; b) sur toutes les terres occupées de la Couronne auxquelles ils ont, en vertu de la loi, de la common law ou autrement, un droit d'accès, et c) sur «toutes les terres privées occupées auxquelles les Indiens ont, de par la coutume, l'usage ou du consentement du propriétaire ou de l'occupant, un droit d'accès pour chasser, piéger ou pêcher». Toutefois, dans cette affaire, il était question de chasse sur un chemin public, lieu qui constitue manifestement une terre de la Couronne occupée. Bien que l'arrêt *Mousseau*, précité, ait résumé la position de notre Cour sur ce point, la question de la chasse sur des terres privées inoccupées n'a pas été soumise à la Cour, ni dans *Mousseau* ni auparavant. En conséquence, ni *Horse* ni *Mousseau*, précités, n'ont répondu à la question de savoir si le Traité protégeait un droit d'accès à des terres privées inoccupées — terres privées qui n'avaient pas été prises pour des fins d'établissement ou pour d'autres objets.

<sup>63</sup> One case which has specifically considered the treaty right to hunt on unoccupied private land is *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (B.C.C.A.). There, the accused was charged with using ammunition which was prohibited under the provincial *Wildlife Act*. He had been hunting on

L'arrêt *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78 (C.A.C.-B.), portait directement sur le droit — issu de traité — de chasser sur des terres privées inoccupées. Dans cette affaire, on reprochait à l'accusé d'avoir utilisé des munitions interdites par la *Wildlife Act* provinciale. Il avait chassé sur des

uncultivated bush land. No livestock or buildings were present, no fence surrounded the land, and no signs had been posted. He claimed that, on the basis of his Treaty hunting right, the provincial legislation did not apply to him. His hunting rights were set out in the 1852 North Saanich Indian Treaty (quoted in *Bartleman*, at p. 87) which provided that the Indians “are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly”. The B.C. Court of Appeal held that it was necessary to interpret the right on the basis of what the Indians would have understood in 1852 by the words of the Treaty. It held that the Treaty right to hunt could be exercised where to do so would not interfere with the actual use being made of the privately owned land. At page 97 this was written:

... the hunting must take place on land that is unoccupied in the sense that the particular form of hunting that is being undertaken does not interfere with the actual use and enjoyment of the land by the owner or occupier.

The Court of Appeal found that hunting was not incompatible with the minimal level of use to which the land was being put.

The “visible, incompatible use” approach, which focuses upon the use being made of the land, is appropriate and correct. Although it requires that the particular land use be considered in each case, this standard is neither unduly vague nor unworkable.

In summary, then, the geographical limitation on the right to hunt for food is derived from the terms of the particular treaty if they have not been modified or altered by the provisions of para. 12 of the *NRTA*. In this case, the geographical limitation on the right to hunt for food provided by Treaty No. 8 has not been modified by para. 12 of the *NRTA*. Where lands are privately owned, it must be determined on a case-by-case basis whether they are “other lands” to which Indians had a “right of access” under the Treaty. If the lands are occupied, that is, put to visible use which is incompatible

terres non cultivées et couvertes de broussailles. Il n’y avait ni bétail, ni bâtiment, ni écriteau sur ces terres, qui n’étaient pas non plus clôturées. L’accusé a plaidé que, en raison du droit de chasse que lui accordait le Traité, la loi provinciale ne s’appliquait pas à lui. Son droit de chasser était énoncé dans le North Saanich Indian Treaty de 1852 (cité dans *Bartleman*, à la p. 87), qui stipulait que les Indiens [TRADUCTION] «[étaient] libres de chasser sur les terres inoccupées et de poursuivre [leurs] activités de pêche comme auparavant». La Cour d’appel de la C.-B. a conclu qu’il fallait interpréter ce droit suivant la conception qu’avaient les Indiens du libellé du traité en 1852. Elle a statué que le droit de chasser — issu du traité — pouvait être exercé si cela n’entravait pas l’utilisation qui était faite concrètement des terres privées en cause. À la page 97 de la décision, on peut lire ceci:

[TRADUCTION]... la chasse doit être pratiquée sur des terres qui sont inoccupées dans le sens où le type de chasse qui y est pratiquée n’a pas pour effet d’entraver l’utilisation et la jouissance des terres en question par le propriétaire et l’occupant.

La Cour d’appel a conclu que la pratique de la chasse n’était pas incompatible avec l’utilisation minimale que l’on faisait des terres.

L’analyse fondée sur «l’utilisation visible et incompatible», qui met l’accent sur l’utilisation qui est faite des terres concernées, est appropriée et correcte. Même si elle requiert, dans chaque cas, l’examen de l’utilisation particulière qui est faite des terres visées, cette norme n’est ni excessivement vague, ni inapplicable.

Bref, la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir découle des termes mêmes du traité en cause, s’ils n’ont pas été modifiés par les dispositions du par. 12 de la *Convention*. En l’espèce, la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir qui est prévu par le Traité n° 8 n’a pas été modifiée par le par. 12 de la *Convention*. Lorsque les terres en cause sont des terres privées, il faut déterminer, au cas par cas, s’il s’agit d’«autres terres» auxquelles les Indiens avaient «accès» en vertu du Traité. Si ces terres sont occupées, c’est-à-dire si elles font l’objet d’une utilisation visible et

64

65

66

with hunting, Indians will not have a right of access. Conversely, if privately owned land is unoccupied and not put to visible use, Indians, pursuant to Treaty No. 8, will have a right of access in order to hunt for food. The facts presented in each of these appeals must now be considered.

incompatible avec la pratique de la chasse, les Indiens n'y ont alors pas accès. À l'inverse, si les terres privées sont inoccupées et ne font pas l'objet d'une utilisation visible, les Indiens, conformément au Traité n° 8, y auront accès afin d'y chasser pour se nourrir. Il faut maintenant examiner les faits exposés dans chacun des présents pourvois.

67

The first is Mr. Badger. He was hunting on land covered with second growth willow and scrub. Although there were no fences or signs posted on the land, a farm house was located only one quarter of a mile from the place the moose was killed. The residence did not appear to have been abandoned. Second, Mr. Kiyawasew was hunting on a snow-covered field. Although there was no fence, there were run-down barns nearby and signs were posted on the land. Most importantly, the evidence indicated that in the fall, a crop had been harvested from the field. In the situations presented in both cases, it seems clear that the land was visibly being used. Since the appellants did not have a right of access to these particular tracts of land, their treaty right to hunt for food did not extend to hunting there. As a result, the limitations on hunting set out in the *Wildlife Act* did not infringe upon their existing right and were properly applied to these two appellants. The appeals of Mr. Badger and Mr. Kiyawasew must, therefore, be dismissed.

Commençons d'abord par M. Badger. Ce dernier chassait sur des terres couvertes de jeunes saules et de broussailles. Il n'y avait ni clôture ni écriteau sur les terres en question, mais une maison de ferme se trouvait à un quart de mille de l'endroit où l'original a été abattu. La résidence ne paraissait pas abandonnée. Quant à M. Kiyawasew, il chassait dans un champ couvert de neige. Même si le champ n'était pas clôturé, il y avait des granges délabrées près de là, et des écriteaux avaient été installés. Fait plus important encore, la preuve a révélé qu'on avait fait la récolte dans le champ à l'automne. Compte tenu des faits décrits dans ces deux cas, il semble clair que les terres en cause étaient visiblement utilisées. Comme les appelants n'avaient pas de droit d'accès à ces terres, leur droit — issu du traité — de chasser pour se nourrir ne s'étendait pas à ces terres. En conséquence, les limites applicables au droit de chasse énoncées dans la *Wildlife Act* ne portent pas atteinte au droit existant de ces deux appelants, et elles leur ont à juste titre été appliquées. Les pourvois de M. Badger et de M. Kiyawasew doivent donc être rejetés.

68

However, Mr. Ominayak's appeal presents a different situation. He was hunting on uncleared muskeg. No fences or signs were present. Nor were there any buildings located near the site of the kill. Although it was privately owned, it is apparent that this land was not being put to any visible use which would be incompatible with the Indian right to hunt for food. Accordingly, the geographical limitations upon the Treaty right to hunt for food did not preclude Mr. Ominayak from hunting upon this parcel of land. This, however, does not dispose of his appeal. It remains to be seen whether the existing right to hunt was in any other manner cir-

Toutefois, le pourvoi de M. Ominayak présente une situation différente. Ce dernier chassait dans une savane non déboisée. Il n'y avait ni clôture, ni écriteau, ni bâtiment près de l'endroit où l'animal avait été abattu. Même s'il s'agissait de terres privées, il est évident qu'elles ne faisaient pas l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec l'exercice, par les Indiens, de leur droit de chasser pour se nourrir. En conséquence, la limitation territoriale de ce droit issu du traité n'empêchait pas M. Ominayak de chasser sur ces terres. Cette conclusion ne tranche toutefois pas son pourvoi. En effet, il reste à déterminer si le droit de chasser existant

cumscribed by a form of government regulation which is permitted under the Treaty.

Permissible Regulatory Limitations on the Right to Hunt for Food

Pursuant to the provisions of s. 88 of the *Indian Act*, provincial laws of general application will apply to Indians. This is so except where they conflict with aboriginal or treaty rights, in which case the latter must prevail: *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at pp. 114-15; *Simon, supra*, at pp. 411-14; *Sparrow, supra*, at p. 1109. In any event, the regulation of Indian hunting rights would ordinarily come within the jurisdiction of the Federal government and not the Province. However, the issue does not arise in this case since we are dealing with the right to hunt provided by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*. Both the Treaty and the *NRTA* specifically provided that the right would be subject to regulation pertaining to conservation.

Treaty No. 8 provided that the right to hunt would be "subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country". In the West, a wide range of legislation aimed at conserving game had been enacted by the government beginning as early as the 1880s. Acts and regulations pertaining to conservation measures continued to be passed throughout the entire period during which the numbered treaties were concluded. In *Horseman, supra*, the aim and intent of the regulations was recognized. At page 935, I noted:

Before the turn of the century the federal game laws of the Unorganized Territories provided for a total ban on hunting certain species (bison and musk oxen) in order to preserve both the species and the supply of game for Indians in the future. See *The Unorganized Territories' Game Preservation Act, 1894*, S.C. 1894, c. 31, ss. 2, 4 to 8 and 26. Even then the advances in firearms and the more efficient techniques of hunting and trapping, coupled with the habitat loss and the over-exploitation of game, (undoubtedly by Europeans more than by Indians), had made it essential to impose conser-

n'était pas circonscrit d'une autre manière par quelque forme de réglementation gouvernementale permise sous le régime du Traité.

Limitations de nature réglementaire autorisées du droit de chasser pour se nourrir

Conformément à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les Indiens sont assujettis aux lois provinciales d'application générale, sauf si ces lois entrent en conflit avec des droits ancestraux ou issus de traités, auxquels cas ces droits doivent l'emporter: *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, aux pp. 114 et 115; *Simon*, précité, aux pp. 411 à 414; *Sparrow*, précité, à la p. 1109. Quoi qu'il en soit, la réglementation des droits de chasse des Indiens relève normalement de la compétence du gouvernement fédéral et non de la province. Toutefois, la question ne se pose pas en l'espèce puisqu'il est question du droit de chasse prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Tant le Traité que la *Convention* indiquaient expressément que le droit serait subordonné à la réglementation régissant la conservation.

Le Traité n° 8 indiquait que le droit de chasser était [TRADUCTION] «subordonné [...] à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays». Dans l'Ouest, un large éventail de mesures législatives visant à protéger la faune ont, dès les années 1880, été adoptées par le gouvernement. Des lois et des règlements établissant des mesures de conservation ont continué d'être établis pendant toute la période au cours de laquelle des traités numérotés ont été conclus. Dans l'arrêt *Horseman*, précité, l'objet de cette réglementation a été reconnu. À la page 935, j'ai fait l'observation suivante:

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les lois fédérales relatives à la chasse dans les Territoires non organisés prévoyaient qu'il était absolument interdit de chasser certaines espèces animales (le bison et le bœuf musqué) afin d'assurer leur préservation et d'assurer aux Indiens un approvisionnement en gibier pour l'avenir. Voir l'*Acte de 1894 relatif à la conservation du gibier dans les Territoires non organisés*, S.C. 1894, ch. 31, art. 2, 4 à 8 et 26. Même à cette époque, l'amélioration des armes à feu et les méthodes plus efficaces de piégeage et de chasse ainsi que la disparition de l'habitat et la surexploitation

vation measures to preserve species and to provide for hunting for future generations. Moreover, beginning in 1890, provision was made in the federal *Indian Act* for the Superintendent General to make the game laws of Manitoba and the Unorganized Territories applicable to Indians. See *An Act further to amend "The Indian Act" chapter forty-three of the Revised Statutes*, S.C. 1890, c. 29, s. 10. A similar provision was in force in 1930. See *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 69.

In light of the existence of these conservation laws prior to signing the Treaty, the Indians would have understood that, by the terms of the Treaty, the government would be permitted to pass regulations with respect to conservation. This concept was explicitly incorporated into the *NRTA* in a modified form providing for Provincial regulatory authority in the field of conservation. Paragraph 12 of the *NRTA* begins by stating its purpose:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians. . . [Emphasis added.]

It follows that by the terms of both the Treaty and the *NRTA*, provincial game laws would be applicable to Indians so long as they were aimed at conserving the supply of game. However, the provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* did not extend beyond the realm of conservation. It is the constitutional provisions of para. 12 of the *NRTA* authorizing provincial regulations which make it unnecessary to consider s. 88 of the *Indian Act* and the general application of provincial regulations to Indians.

The licensing provisions contained in the *Wildlife Act* are in part, but not wholly, directed towards questions of conservation. At first blush, then, they may seem to form part of the permissi-

du gibier (sans doute davantage par les Européens que par les Indiens) avaient rendu indispensable l'imposition de mesures de conservation destinées à préserver des espèces animales et à ménager des possibilités de chasse aux générations futures. Qui plus est, à compter de 1890, l'*Acte des Sauvages* fédéral habilitait le surintendant général à rendre applicables aux Indiens les lois du Manitoba et des Territoires non organisés relatives à la chasse. Voir l'*Acte ayant pour objet de modifier de nouveau l'Acte des Sauvages, chapitre quarante-trois des Statuts révisés*, S.C. 1890, ch. 29, art. 10. Une disposition analogue était en vigueur en 1930. Voir la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 69.

Comme ces textes de loi relatifs à la conservation existaient avant la signature du Traité, les Indiens comprenaient que, suivant les termes de ce document, le gouvernement pourrait prendre des règlements à cet égard. Ce principe, qui a été explicitement incorporé dans la *Convention* sous une forme modifiée, pourvoyait à l'exercice d'un pouvoir de réglementation par les provinces en matière de conservation. En effet, la première phrase du par. 12 de la *Convention* énonce l'objet de cette disposition:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens . . . [Je souligne.]

Il s'ensuit que, suivant les termes du Traité et de la *Convention*, les lois provinciales relatives à la protection de la faune s'appliquaient aux Indiens, dans la mesure où elles visaient à assurer l'approvisionnement en gibier. Toutefois, le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention*, le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. Ce sont les dispositions constitutionnelles du par. 12 de la *Convention* autorisant l'application des règlements provinciaux qui font en sorte qu'il est inutile d'examiner l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et l'application générale des règlements provinciaux aux Indiens.

Les dispositions de la *Wildlife Act* relatives à la délivrance de permis ne portent qu'en partie seulement sur des questions de conservation. À première vue, donc, elles peuvent sembler faire partie



ble government regulation which can establish the boundaries of the existing right to hunt for food. However, the partial concern with conservation does not automatically lead to the conclusion that s. 26(1) is permissible regulation. It must still be determined whether the manner in which the licensing scheme is administered conflicts with the hunting right provided under Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

This analysis should take into account the wording of the treaty and the *NRTA*. I believe this to be appropriate since the object will be to determine first whether there has been a *prima facie* infringement of the Treaty No. 8 right to hunt as modified by the *NRTA* and secondly if there is such an infringement whether it can be justified. In essence, we are dealing with a modified treaty right. This, I believe, follows from the principle referred to earlier that treaty rights should only be considered to be modified if a clear intention to do so has been manifested, in this case, by the *NRTA*. Further, the solemn promises made in the treaty should be altered or modified as little as possible. The *NRTA* clearly intended to modify the right to hunt. It did so by eliminating the right to hunt commercially and by preserving and extending the right to hunt for food. The Treaty right thus modified pertains to the right to hunt for food which prior to the Treaty was an aboriginal right.

For reasons that I will amplify later, it seems logical and appropriate to apply the recently formulated *Sparrow* test in these circumstances. I would add that it can properly be inferred that the concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test. It follows that this concept should be taken into account in the consideration of the justification of an infringement. As a general rule the criteria set out in *Sparrow, supra*, should be applied. However, the reasons in *Sparrow, supra*, make it clear that the suggested criteria are neither exclusive nor exhaustive. It follows that

des mesures autorisées de réglementation gouvernementale qui peuvent délimiter le droit existant de chasser pour se nourrir. Cependant, le fait que les dispositions en cause portent partiellement sur la conservation n'amène pas automatiquement à conclure que le par. 26(1) est une mesure de réglementation autorisée. Il reste encore à se demander si la manière dont le régime de délivrance de permis est administré entre en conflit avec le droit de chasse prévu au Traité n° 8 et modifié par la *Convention*.

Cette analyse doit tenir compte du libellé du Traité et de la *Convention*. C'est à mon avis ce qu'il convient de faire puisque l'objet de l'analyse sera d'abord de déterminer s'il y a eu atteinte *prima facie* au droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*, puis, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée. Essentiellement, nous sommes en présence d'un droit — issu de traité — qui a été modifié. Cette réponse découle à mon avis du principe mentionné précédemment et selon lequel il est possible de considérer que des droits issus de traités ont été modifiés seulement si l'intention de le faire est clairement indiquée, en l'occurrence par la *Convention*. Qui plus est, les promesses solennelles faites dans le traité doivent être modifiées le moins possible. La *Convention* visait manifestement à modifier le droit de chasser. Elle l'a fait en éliminant le droit de chasser à des fins commerciales et en préservant le droit de chasser pour se nourrir et en élargissant la portée. Ce droit issu de traité ainsi modifié ressortit au droit de chasser pour se nourrir qui, avant le Traité, était un droit ancestral.

Pour des motifs que j'expliquerai plus loin, il semble logique et approprié d'appliquer, dans les circonstances, le critère formulé récemment dans l'arrêt *Sparrow*. J'ajouterais que l'on peut à juste titre inférer que le concept de caractère raisonnable fait partie intégrante du critère énoncé dans *Sparrow*. Il s'ensuit que ce concept doit être pris en considération dans l'examen de la question de la justification d'une atteinte. De façon générale, les critères énoncés dans *Sparrow, précité*, doivent être appliqués. Cependant, il ressort clairement des motifs exprimés dans cet arrêt que les critères y

additional criteria may be helpful and applicable in the particular situation presented.

*Conflict Between the Wildlife Act and Rights Under Treaty No. 8*

74 It has been recognized that aboriginal and treaty rights are not absolute. The reasons in *Sparrow, supra*, made it clear that aboriginal rights may be overridden if the government is able to justify the infringement.

75 In *Sparrow, supra*, certain criteria were set out pertaining to justification at pp. 1111 and following. While that case dealt with the infringement of aboriginal rights, I am of the view that these criteria should, in most cases, apply equally to the infringement of treaty rights.

76 There is no doubt that aboriginal and treaty rights differ in both origin and structure. Aboriginal rights flow from the customs and traditions of the native peoples. To paraphrase the words of Judson J. in *Calder, supra*, at p. 328, they embody the right of native people to continue living as their forefathers lived. Treaty rights, on the other hand, are those contained in official agreements between the Crown and the native peoples. Treaties are analogous to contracts, albeit of a very solemn and special, public nature. They create enforceable obligations based on the mutual consent of the parties. It follows that the scope of treaty rights will be determined by their wording, which must be interpreted in accordance with the principles enunciated by this Court.

77 This said, there are also significant aspects of similarity between aboriginal and treaty rights. Although treaty rights are the result of mutual agreement, they, like aboriginal rights, may be unilaterally abridged. See *Horseman, supra*, at p. 936; *R. v. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325 (N.W.T.C.A.), at p. 330, aff'd [1964] S.C.R. 642; and *Moosehunter*,

proposés ne sont ni exclusifs, ni exhaustifs. Il s'ensuit donc que d'autres critères peuvent être utiles et s'appliquer dans la situation en cause.

*Conflit entre la Wildlife Act et les droits découlant du Traité n° 8*

Il a été reconnu que les droits ancestraux ou issus de traités ne sont pas absolus. Il ressort clairement des motifs formulés dans *Sparrow*, précité, qu'il est possible de porter atteinte à des droits ancestraux si le gouvernement peut justifier cette atteinte.

Dans *Sparrow*, précité, certains critères concernant la justification ont été énoncés aux pp. 1111 et suivantes. Même s'il s'agissait d'une affaire portant sur une atteinte à des droits ancestraux, je suis d'avis que, dans la plupart des cas, ces critères s'appliquent également en cas d'atteinte à des droits issus de traités.

Il ne fait pas de doute que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent, tant de par leur origine que de par leur structure. Les droits ancestraux tirent leur origine des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Pour paraphraser les propos du juge Judson dans l'arrêt *Calder*, précité, à la p. 328, ils expriment le droit des peuples autochtones de continuer à vivre de la même façon que leurs ancêtres. Par ailleurs, les droits issus de traités sont inscrits dans des ententes officielles entre la Couronne et les peuples autochtones. Les traités sont comme des contrats, si ce n'est qu'ils ont un caractère public, très solennel et particulier. Ils créent des obligations exécutoires, fondées sur le consentement mutuel des parties. Il s'ensuit que la portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par notre Cour.

Cela dit, les droits ancestraux et les droits issus de traités présentent également d'importantes similitudes. Bien que les droits issus de traités soient le fruit d'un accord entre les parties, ils peuvent néanmoins, à l'instar des droits ancestraux, être réduits unilatéralement. Voir *Horseman*, précité, à la p. 936; *R. c. Sikyea*, [1964] 2 C.C.C. 325

*supra*, at p. 293. It follows that limitations on treaty rights, like breaches of aboriginal rights, should be justified.

In addition, both aboriginal and treaty rights possess in common a unique, *sui generis* nature. See *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382; *Simon, supra*, at p. 404. In each case, the honour of the Crown is engaged through its relationship with the native people. As Dickson C.J. and La Forest J. stated at p. 1110 in *Sparrow, supra*:

By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation. [Emphasis added.]

The wording of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* supports a common approach to infringements of aboriginal and treaty rights. It provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed". In *Sparrow, supra*, Dickson C.J. and La Forest J. appeared to acknowledge the need for justification in the treaty context. They said this at pp. 1118-19 in relation to *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), a case which considered the effect of the *Migratory Birds Convention Act* on rights guaranteed under Treaty No. 10:

(C.A.T.N.-O.), à la p. 330, conf. par [1964] R.C.S. 642; et *Moosehunter*, précité, à la p. 293. Par conséquent, les limites imposées aux droits issus de traités doivent, tout comme les atteintes aux droits ancestraux, être justifiées.

En outre, les droits ancestraux et les droits issus de traités ont en commun un caractère *sui generis* particulier. Voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382; *Simon*, précité, à la p. 404. Dans chaque cas, l'honneur de la Couronne est en jeu dans le cadre de ses rapports avec les peuples autochtones. Comme l'ont affirmé le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1110:

En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit. [Je souligne.]

Le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* appuie l'application d'une analyse commune aux atteintes à des droits ancestraux et à des droits issus de traités. En effet, cette disposition précise que «[I]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Dans *Sparrow*, précité, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont semblé reconnaître qu'il est nécessaire de justifier une atteinte lorsqu'un traité est en cause. Voici ce qu'ils ont écrit, aux pp. 1118 et 1119, relativement à l'arrêt *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), dans lequel on avait examiné l'effet de la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* sur les droits garantis par le Traité n° 10:

As we have pointed out, management and conservation of resources is indeed an important and valid legislative objective. Yet, the fact that the objective is of a "reasonable" nature cannot suffice as constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights. Rather, the regulations enforced pursuant to a conservation or management objective may be scrutinized according to the justificatory standard outlined above. [Emphasis added.]

80

This standard of scrutiny requires that the Crown demonstrate that the legislation in question advances important general public objectives in such a manner that it ought to prevail. In *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), at p. 524, Blair J.A. recognized the need for a balanced approach to limitations on treaty rights, stating:

... Indian treaty rights are like all other rights recognized by our legal system. The exercise of rights by an individual or group is limited by the rights of others. Rights do not exist in a vacuum and the exercise of any right involves a balancing with the interests and values involved in the rights of others. This is recognized in s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which provides that limitation of Charter rights must be justified as reasonable in a free and democratic society.

81

Dickson C.J. and La Forest J. arrived at a similar conclusion in *Sparrow, supra*, at pp. 1108-9.

82

In summary, it is clear that a statute or regulation which constitutes a *prima facie* infringement of aboriginal rights must be justified. In my view, it is equally if not more important to justify *prima facie* infringements of treaty rights. The rights granted to Indians by treaties usually form an integral part of the consideration for the surrender of their lands. For example, it is clear that the maintenance of as much of their hunting rights as possible was of paramount concern to the Indians who signed Treaty No. 8. This was, in effect, an aboriginal right recognized in a somewhat limited form by the treaty and later modified by the *NRTA*. To

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la gestion et la conservation de ressources constituent vraiment un objectif législatif important et régulier. Pourtant, le fait que cet objectif soit «raisonnable» ne saurait suffire comme reconnaissance et confirmation constitutionnelles de droits ancestraux. Au contraire, les règlements appliqués conformément à un objectif de conservation ou de gestion peuvent être examinés selon la norme de justification énoncée plus haut. [Je souligne.]

Cette norme d'examen requiert de la Couronne qu'elle démontre que le texte de loi en question vise d'importants objectifs publics d'ordre général, et ce d'une manière telle que ce texte doit prévaloir. Dans *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), à la p. 524, le juge Blair reconnaît le besoin d'une approche équilibrée en matière de limitation des droits issus de traités:

[TRADUCTION] ... les droits issus de traités des Indiens ne diffèrent pas de tous les autres droits reconnus par notre système juridique. L'exercice d'un droit par une personne ou un groupe est restreint par les droits d'autrui. Les droits n'existent pas dans l'abstrait et, dans l'exercice de tout droit, il faut trouver un juste équilibre avec les intérêts et les valeurs qui sous-tendent les droits d'autrui. Ce fait est reconnu à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce que toute restriction des droits garantis par la *Charte* doit être justifiée comme étant raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest sont arrivés à une conclusion analogue dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1108 et 1109.

Bref, il est manifeste qu'une loi ou un règlement portant atteinte *prima facie* à des droits ancestraux doit être justifié. À mon avis, il est tout aussi important, sinon plus, de justifier les atteintes *prima facie* aux droits issus de traités. Les droits accordés aux Indiens dans les traités font habituellement partie intégrante de la contrepartie qui leur a été remise pour la cession de leurs terres. Par exemple, il est évident que le maintien, et ce dans la plus large mesure possible, de leurs droits de chasse, revêtait une importance primordiale pour les Indiens qui ont signé le Traité n° 8. Il s'agissait en effet d'un droit ancestral reconnu par le traité, dans une forme quelque peu limitée, et qui a ultérieurement été modifié par la *Convention*. Aux

the Indians, it was an essential element of this solemn agreement.

It will be remembered that the *NRTA* modified the Treaty right to hunt. It did so by eliminating the right to hunt commercially but enlarged the geographical areas in which the Indian people might hunt in all seasons. The area was to include all unoccupied Crown land in the province together with any other lands to which the Indians may have a right of access. Lastly, the province was authorized to make laws for conservation. Specifically:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

The *NRTA* only modifies the Treaty No. 8 right. Treaty No. 8 represents a solemn promise of the Crown. For the reasons set out earlier, it can only be modified or altered to the extent that the *NRTA* clearly intended to modify or alter those rights. The Federal government, as it was empowered to do, unilaterally enacted the *NRTA*. It is unlikely that it would proceed in that manner today. The manner in which the *NRTA* was unilaterally enacted strengthens the conclusion that the right to hunt which it provides should be construed in light of the provisions of Treaty No. 8.

It follows that any *prima facie* infringement of the rights guaranteed under Treaty No. 8 or the *NRTA* must be justified. How should the infringement of a treaty right be justified? Obviously, the challenged limitation must be considered within the context of the treaty itself. Yet, the recognized principles to be considered and applied in justifica-

yeux des Indiens, ce droit était un élément essentiel de cette entente solennelle.

Il faut se rappeler que la *Convention* a modifié le droit de chasser prévu par le Traité, d'une part en éliminant le droit de chasser à des fins commerciales, et d'autre part en élargissant le territoire sur lequel les Indiens pouvaient pratiquer la chasse en toute saison. Ce territoire incluait toutes les terres inoccupées de la Couronne dans la province de même que toutes les autres terres auxquelles les Indiens pouvaient avoir un droit d'accès. Enfin, la province était autorisée à légiférer en matière de conservation. Voici ce que disait spécifiquement le texte:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

La *Convention* modifie uniquement le droit prévu par le Traité n° 8. Ce Traité constate une promesse solennelle de la Couronne. Pour les motifs énoncés précédemment, il ne peut être modifié que dans la mesure où la *Convention* visait clairement à modifier les droits en cause. Conformément au pouvoir qu'il avait de le faire, le gouvernement fédéral a adopté unilatéralement la *Convention*. Il n'agirait vraisemblablement pas de la sorte aujourd'hui. L'adoption unilatérale de la *Convention* renforce la conclusion que le droit de chasse prévu par celle-ci doit être interprété à la lumière des dispositions du Traité n° 8.

Il s'ensuit que toute atteinte *prima facie* aux droits garantis par le Traité n° 8 ou la *Convention* doit être justifiée. Cela dit, comment justifier une atteinte à un droit issu de traité? De toute évidence, la limitation contestée doit être examinée dans le contexte du traité lui-même. Toutefois, les principes reconnus à cet égard et qui doivent être pris

83

84

85

tion should generally be those set out in *Sparrow*, *supra*. There may well be other factors that should influence the result. The *Sparrow* decision itself recognized that it was not setting a complete catalogue of factors. Nevertheless, these factors may serve as a rough guide when considering the infringement of treaty rights.

en considération et appliqués dans l'examen de la justification devraient généralement être ceux qui ont été énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, précité. Il peut fort bien exister d'autres facteurs susceptibles d'influer sur le résultat. D'ailleurs, dans l'arrêt *Sparrow* lui-même, notre Cour a reconnu qu'elle n'établissait pas une liste de facteurs exhaustive. Néanmoins, ces facteurs peuvent servir de point de départ dans l'analyse d'une atteinte à des droits issus de traités.

Prima Facie Infringement of the Treaty Right to hunt as modified by the NRTA

Atteinte *prima facie* au droit de chasse prévu par le Traité et modifié par la Convention

86

The licensing provisions of the *Wildlife Act* address two objectives: public safety and conservation. These objectives, in and of themselves, are not unconstitutional. However, it is evident from the wording of the Act and its regulations that the manner in which the licensing scheme is set up results in a *prima facie* infringement of the Treaty No.8 right to hunt as modified by the *NRTA*. The statutory scheme establishes a two-step licensing process. The public safety component is the first one that is engaged.

Les dispositions de la *Wildlife Act* concernant la délivrance de permis visent deux objectifs: la sécurité du public et la conservation. En eux-mêmes, ces objectifs ne sont pas inconstitutionnels. Toutefois, il ressort clairement de la Loi et de ses règlements d'application que la manière dont le régime de délivrance de permis est conçu entraîne une atteinte *prima facie* au droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Le régime établi par la loi fixe une procédure à deux volets en vue de la délivrance des permis. Le volet concernant la sécurité du public est le premier examiné.

87

Under s. 15(1)(c) of the *Wildlife Act*, the Lieutenant Governor in Council may pass regulations which "specify training and testing qualifications required for the obtaining and holding of a licence or permit". The regulations passed pursuant to this section are found in Alta. Reg. 50/87, s. 2(2) which reads as follows:

Aux termes de l'al. 15(1)c) de la *Wildlife Act*, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, [TRADUCTION] «préciser les exigences applicables en matière de formation et d'examen pour obtenir et détenir un permis». Les dispositions réglementaires prises en application de cet alinéa figurent au par. 2(2) du règlement de l'Alberta 50/87, qui est ainsi rédigé:

2 . . .

[TRADUCTION] 2 . . .

(2) Subject to the *General Wildlife (Ministerial) Regulation*, a person is not eligible to obtain or hold a recreational licence unless

(2) Sous réserve du *General Wildlife (Ministerial) Regulation*, seules sont autorisées à obtenir ou à détenir un permis de chasse sportive les personnes qui satisfont aux conditions suivantes:

(a) prior to the date of his application for a recreational licence, he has

a) avant la date de leur demande de permis de chasse sportive, elles ont:

(i) achieved a mark, as determined by the Minister, on an examination approved by the Minister,

(i) soit obtenu la note de passage fixée par le ministre à l'examen qu'il a approuvé à cet égard,

(ii) held a licence authorizing recreational hunting in Alberta or elsewhere, or

(ii) soit déjà détenu un tel permis en Alberta ou ailleurs,

(iii) passed a test approved by the Minister respecting hunting competency,

and

(b) if his right to hold a recreational licence has been suspended in accordance with the Act or its predecessor, he has passed the examination referred to in clause (a)(i) subsequent to the beginning of his period of suspension.

Standing on its own, the requirement that all hunters take gun safety courses and pass hunting competency tests makes eminently good sense. This protects the safety of everyone who hunts, including Indians. It has been held on a number of occasions that aboriginal or treaty rights must be exercised with due concern for public safety. *Myran, supra*, dealt with two Indians charged with hunting without due regard for the safety of others, contrary to the provisions of the *Manitoba Wildlife Act*. The accused argued that they were immune from the Act on the basis of their right to hunt for food guaranteed under the *Manitoba Natural Resources Act* (parallel to the *NRTA*). Dickson J. (as he then was) for the Court found at pp. 141-42 that:

I think it is clear from *Prince and Myron* that an Indian of the Province is free to hunt or trap game in such numbers, at such times of the year, by such means or methods and with such contrivances, as he may wish, provided he is doing so in order to obtain food for his own use and on unoccupied Crown lands or other lands to which he may have a right of access. But that is not to say that he has the right to hunt dangerously and without regard for the safety of other persons in the vicinity. [Emphasis added.]

He went on at p. 142 to state that:

In my opinion there is no irreconcilable conflict or inconsistency in principle between the right to hunt for food assured under para. 13 of the Memorandum of Agreement approved under *The Manitoba Natural Resources Act* and the requirement of s. 10(1) of *The Wildlife Act* that such right be exercised in a manner so as not to endanger the lives of others. The first is concerned with conservation of game to secure a continuing supply of food for the Indians of the Province and pro-

(iii) ou réussi le test d'aptitude à chasser approuvé par le ministre;

et

b) si leur droit de détenir un permis de chasse sportive a été suspendu conformément à la Loi ou à celle qui s'appliquait à cet égard auparavant, elles ont réussi l'examen visé au sous-alinéa a)(i) après le début de la période de suspension.

Prise isolément, l'obligation qui est faite à tous les chasseurs de suivre des cours de sécurité dans le maniement des armes à feu et de réussir des tests d'aptitude est éminemment sensée. En effet, elle protège la sécurité de tous les chasseurs, y compris des Indiens. Il a d'ailleurs à maintes reprises été jugé que les droits ancestraux ou issus de traités doivent être exercés avec égard pour la sécurité d'autrui. Dans l'arrêt *Myran*, précité, il était question de deux Indiens accusés d'avoir chassé sans égard pour la sécurité d'autrui, contrairement aux dispositions de la *Manitoba Wildlife Act*. Les accusés ont plaidé qu'ils ne pouvaient faire l'objet de poursuites fondées sur cette loi compte tenu du droit de chasser pour se nourrir que leur garantissait la *Manitoba Natural Resources Act* (texte analogue à la *Convention*). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a statué ainsi pour la Cour, à la p. 141:

L'arrêt *Prince et Myron* montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès. Toutefois, il n'a pas le droit de chasser dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci à la p. 142:

À mon avis, il n'y a, en principe, ni conflit ni contradiction entre le droit de chasser pour se nourrir, droit assuré par la cl. 13 de la Convention approuvée par le *Manitoba Natural Resources Act*, et la prescription de l'art. 10(1) du *Wildlife Act*, en vertu duquel l'exercice de ce droit ne doit pas mettre la vie d'autrui en danger. La première disposition vise la protection du gibier pour assurer aux Indiens de la province un approvisionnement continu en vivres et protéger leur droit de chasser

tect the right of the Indians to hunt for food at all seasons of the year; the second is concerned with risk of death or serious injury omnipresent when hunters fail to have due regard for the presence of others in the vicinity. [Emphasis added.]

89 That decision was subsequently affirmed by this Court in *Sutherland*, *supra*, and *Moosehunter*, *supra*. See to the same effect *R. v. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86 (B.C.C.A.) and *R. v. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (Ont. C.A.). Accordingly, it can be seen that reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food. Similarly these regulations do not infringe the hunting rights guaranteed by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

90 While the general safety component of the licensing provisions may not constitute a *prima facie* infringement, the conservation component appears to present just such an infringement. Provincial regulations for conservation purposes are authorized pursuant to the provisions of the *NRTA*. However, the routine imposition upon Indians of the specific limitations that appear on the face of the hunting licence may not be permissible if they erode an important aspect of the Indian hunting rights. This Court has held on numerous occasions that there can be no limitation on the method, timing and extent of Indian hunting under a Treaty. I would add that a Treaty as amended by the *NRTA* should be considered in the same manner. *Horseman*, *supra*, clearly indicated that such restrictions conflicted with the treaty right. Moreover, in *Simon*, *supra*, this appears at p. 413:

The section clearly places seasonal limitations and licensing requirements, for the purposes of wildlife conservation, on the right to possess a rifle and ammunition for the purposes of hunting. The restrictions imposed in this case conflict, therefore, with the appellant's right to possess a firearm and ammunition in order to exercise his free liberty to hunt over the lands covered by the Treaty. As noted, it is clear that under s. 88 of the *Indian*

pour se nourrir en toute saison de l'année; la seconde concerne le risque omniprésent de mort ou de blessure grave qui existe lorsque des chasseurs ne tiennent pas compte de la présence d'autres personnes dans le voisinage. [Je souligne.]

Cette décision a par la suite été confirmée par notre Cour dans les arrêts *Sutherland*, précité, et *Moosehunter*, précité. Voir, au même effet, *R. c. Napoleon*, [1986] 1 C.N.L.R. 86 (C.A.C.-B.), et *R. c. Fox*, [1994] 3 C.N.L.R. 132 (C.A. Ont.). On peut donc constater qu'un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8 et modifiés par la *Convention*.

Bien que l'aspect des dispositions relatives à la délivrance des permis qui concerne la sécurité en général ne constitue peut-être pas une atteinte *prima facie*, l'aspect touchant la conservation paraît toutefois créer une telle atteinte. Il est permis aux provinces, aux termes de la *Convention*, de prendre des règlements visant des objectifs de conservation. Toutefois, il se peut qu'il ne soit pas permis d'appliquer systématiquement aux Indiens les restrictions spécifiques inscrites sur les permis de chasse, si une telle mesure affaiblit un aspect important des droits de chasse des Indiens. Notre Cour a statué, 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. J'ajouterais qu'un traité modifié par la *Convention* doit être considéré de la même manière. Il a été clairement indiqué dans *Horseman*, précité, que de telles restrictions entraînent en conflit avec le droit issu de traité. De plus, dans *Simon*, précité, on peut lire ce qui suit à la p. 413:

L'article impose clairement, aux fins de la conservation de la faune, des restrictions saisonnières et des exigences en matière de permis sur le droit de posséder une carabine et des munitions pour chasser. Par conséquent, les restrictions imposées en l'espèce entrent en conflit avec le droit de l'appelant de posséder une arme à feu et des munitions afin d'exercer sa liberté de chasser sur les terres visées par le traité. Comme il a été mentionné, il



Act provincial legislation cannot restrict native treaty rights. If conflict arises, the terms of the treaty prevail.

The *Simon* case dealt with Provincial regulations which the government attempted to justify under s. 88 of the *Indian Act*. By contrast, in this case, para. 12 of the *NRTA* specifically provides that the provincial government may make regulations for conservation purposes, which affect the Treaty rights to hunt. Accordingly, Provincial regulations pertaining to conservation will be valid so long as they are not clearly unreasonable in their application to aboriginal people.

Under the present licensing scheme, an Indian who has successfully passed the approved gun safety and hunting competency courses would not be able to exercise the right to hunt without being in breach of the conservation restrictions imposed with respect to the hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area, all of which appear on the face of the licence. Moreover, while the Minister may determine how many licences will be made available and what class of licence these will be, no provisions currently exist for "hunting for food" licences.

At present, only sport and commercial hunting are licensed. It is true that the regulations do provide for a subsistence hunting licence. See *Alta. Reg. 50/87*, s. 25; *Alta. Reg. 95/87*, s. 7. However, its provisions are so minimal and so restricted that it could never be considered a licence to hunt for food as that term is used in Treaty No. 8 and as it is understood by the Indians. Accordingly, there is no provision for a licence which does not contain the facial restrictions set out earlier. Finally, there is no provision which would guarantee to Indians preferential access to the limited number of licences, nor is there a provision that would exempt them from the licence fee. As a result, Indians, like all other Albertans, would have to apply for a hunting licence from the same limited

est évident qu'en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif provincial ne peut limiter les droits autochtones issus d'un traité. S'il survient un conflit, les termes du traité prévalent.

L'arrêt *Simon* portait sur un règlement provincial que le gouvernement concerné a tenté de justifier en invoquant l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Or, en l'espèce, le par. 12 de la *Convention* prévoit spécifiquement que le gouvernement provincial peut, à des fins de conservation, prendre des règlements ayant une incidence sur les droits de chasse prévus par le Traité. Il s'ensuit que les règlements provinciaux en matière de conservation seront valides dans la mesure où leur application aux peuples autochtones n'est pas manifestement déraisonnable.

En vertu du régime actuel de délivrance des permis, l'Indien qui réussit les cours de sécurité dans le maniement des armes à feu ainsi que les tests d'aptitude à chasser approuvés ne serait pas en mesure d'exercer le droit de chasser sans violer les restrictions en matière de conservation inscrites sur le permis et qui sont imposées relativement aux méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée. Qui plus est, bien que le ministre puisse fixer le nombre et les catégories de permis qui seront disponibles, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition concernant la délivrance de permis de «chasse pour se nourrir».

Pour l'instant, des permis ne sont délivrés que pour la chasse sportive et la chasse commerciale. Il est vrai que des règlements pourvoient effectivement à la délivrance de permis de chasse à des fins de subsistance. Voir le règlement de l'Alberta 50/87, art. 25, et le règlement de l'Alberta 95/87, art. 7. Toutefois, les conditions de ces permis ont une portée si minime et sont assortis de tant de restrictions qu'ils ne pourraient jamais être considérés comme des permis autorisant leur titulaire à chasser pour se nourrir au sens du Traité n° 8 et au sens où l'entendent les Indiens. Il n'existe donc aucune disposition prévoyant la délivrance d'un permis dont le texte ne comporte aucune des restrictions énoncées précédemment. Enfin, il n'existe aucune disposition garantissant aux Indiens la préférence

91

92

93

pool of licences. Further, if they were fortunate enough to be issued a licence, they would have to pay a licensing fee, effectively paying for the privilege of exercising a treaty right. This is clearly in conflict with both the Treaty and *NRTA* provisions.

au moment de la délivrance du nombre limité de permis disponibles, ni de dispositions les exemptant du paiement des droits de délivrance exigibles. En conséquence, les Indiens, au même titre que les autres Albertains, sont tenus de demander la délivrance d'un permis de chasse, parmi le nombre limité de permis disponibles pour l'ensemble des chasseurs. Qui plus est, à supposer qu'un Indien soit suffisamment chanceux pour obtenir un permis, il devrait néanmoins payer les droits de délivrance requis, se trouvant ainsi, dans les faits, à payer pour avoir le privilège d'exercer un droit issu de traité. Une telle situation est manifestement incompatible avec les dispositions du Traité et celles de la *Convention*.

94 The present licensing system denies to holders of treaty rights as modified by the *NRTA* the very means of exercising those rights. Limitations of this nature are in direct conflict with the treaty right. Therefore, it must be concluded that s. 26(1) of the *Wildlife Act* conflicts with the hunting right set out in Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

Le régime actuel de délivrance de permis prive les personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention* des moyens mêmes d'exercer ces droits. Les restrictions de cette nature sont en contradiction directe avec le droit prévu au Traité. Il faut donc conclure que le par. 26(1) de la *Wildlife Act* est incompatible avec le droit de chasser prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*.

95 Accordingly, it is my conclusion that the appellant, Mr. Ominayak, has established the existence of a *prima facie* breach of his treaty right. It now falls to the government to justify that infringement.

Par conséquent, je conclus que l'appelant, M. Ominayak, a établi l'existence d'une atteinte *prima facie* à son droit issu de traité. Il incombe maintenant au gouvernement de justifier cette atteinte.

#### Justification

#### Justification

96 In my view justification of provincial regulations enacted pursuant to the *NRTA* should meet the same test for justification of treaty rights that was set out in *Sparrow*. The reason for this is obvious. The effect of para. 12 of the *NRTA* is to place the Provincial government in exactly the same position which the Federal Crown formerly occupied. Thus the Provincial government has the same duty not to infringe unjustifiably the hunting right provided by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*. Paragraph 12 of the *NRTA* provides that the province may make laws for a conservation purpose, subject to the Indian right to hunt and fish for food. Accordingly, there is a need for a means to assess which conservation laws will if they infringe that right, nevertheless be justifiable. The

À mon avis, un règlement provincial pris conformément à la *Convention* doit satisfaire, à l'égard des droits issus de traité, le même critère de justification que celui énoncé dans *Sparrow*. La raison en est évidente. Comme le par. 12 de la *Convention* a pour effet de placer le gouvernement provincial exactement dans la situation où se trouvait la Couronne fédérale auparavant, le gouvernement provincial a la même obligation de ne pas porter atteinte de manière injustifiée au droit de chasse prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Le paragraphe 12 de la *Convention* prévoit que la province peut légiférer à des fins de conservation, sous réserve du droit des Indiens de chasser et de pêcher pour se nourrir. En conséquence, il est nécessaire de disposer de moyens de

*Sparrow* analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing conservation regulations and enactments.

In *Sparrow*, at p. 1113, it was held that in considering whether an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified, the following questions should be addressed sequentially:

First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. [Emphasis added.]

At page 1114, the next step was set out in this way:

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. [Emphasis added.]

Finally, at p. 1119, it was noted that further questions might also arise depending on the circumstances of the inquiry:

These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.

We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justifica-

déterminer si une loi en matière de conservation qui porte atteinte à ce droit est néanmoins justifiable. L'analyse formulée dans l'arrêt *Sparrow* constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation.

Dans l'arrêt *Sparrow*, il a été jugé, à la p. 1113, que pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités il faut se poser les questions suivantes, dans l'ordre indiqué:

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministre à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministre en adoptant le règlement en cause. [Je souligne.]

À la page 1114, l'étape suivante a été décrite ainsi:

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. [Je souligne.]

Enfin, à la p. 1119, on a signalé que d'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête:

Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche.

Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appré-

tion. Suffice it to say that recognition and affirmation requires sensitivity to and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians. [Emphasis added.]

ciation de la justification. Qu'il suffise de souligner que la reconnaissance et la confirmation exigent que le gouvernement, les tribunaux et même l'ensemble des Canadiens soient conscients des droits des peuples autochtones et qu'ils les respectent. [Je souligne.]

98 In the present case, the government has not led any evidence with respect to justification. In the absence of such evidence, it is not open to this Court to supply its own justification. Section 26(1) of the *Wildlife Act* constitutes a *prima facie* infringement of the appellant Mr. Ominayak's treaty right to hunt. Yet, the issue of conservation is of such importance that a new trial must be ordered so that the question of justification may be addressed.

En l'espèce, le gouvernement n'a pas présenté de preuve relativement à la justification. En l'absence d'une telle preuve, il n'est pas loisible à notre Cour de fournir sa propre justification. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* constitue une atteinte *prima facie* au droit de chasse issu de traité que possède l'appelant, M. Ominayak. Cela dit, la question de la conservation est d'une telle importance qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès afin de permettre l'examen de la question de la justification.

### Conclusion

### Conclusion

99 The constitutional question posed before this Court was:

La question constitutionnelle qui était posée à notre Cour était la suivante:

If Treaty 8 confirmed to the Indians of the Treaty 8 Territory the right to hunt throughout the tract surrendered, does the right continue to exist or was it extinguished and replaced by para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Constitution Act, 1930, 20-21 George V, c. 26 (U.K.))*, and if the right continues to exist, could that right be exercised on the lands in question and, if so, was the right impermissibly infringed upon by s. 26(1) or s. 27(1) of the *Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1*, given Treaty 8 and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Si le Traité n° 8 confirmait aux Indiens du territoire de ce traité le droit de chasser dans l'ensemble de la zone cédée, le droit existe-t-il toujours ou a-t-il été éteint et remplacé par le par. 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Loi constitutionnelle de 1930, 20-21 George V, ch. 26 (R.-U.))* et, si le droit existe toujours, pouvait-il être exercé sur les terres en question. Dans l'affirmative, les par. 26(1) ou 27(1) de la *Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1*, portent-ils atteinte à ce droit, compte tenu du Traité n° 8 et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

100 It is evident from these reasons that the constitutional question should be answered as follows. The hunting rights confirmed by Treaty No. 8 were modified by para. 12 of the *NRTA* to the extent indicated in these reasons. Paragraph 12 of the *NRTA* provided for a continuing right to hunt for food on unoccupied land.

Il ressort clairement des motifs qui précèdent que la question constitutionnelle devrait recevoir la réponse suivante. Les droits de chasse confirmés par le Traité n° 8 ont, dans la mesure indiquée dans les présents motifs été modifiés par le par. 12 de la *Convention*. Le paragraphe 12 de la *Convention* a établi un droit constant de chasser sur des terres inoccupées pour se nourrir.

101 Mr. Badger and Mr. Kiyawasew were hunting on occupied land to which they had no right of access under Treaty No. 8 or the *NRTA*. Accordingly, ss. 26(1) and 27(1) of the *Wildlife Act* do not infringe their constitutional right to hunt for food.

Monsieur Badger et M. Kiyawasew chassaient sur des terres occupées auxquelles ils n'avaient aucun droit d'accès en vertu du Traité n° 8 ou de la *Convention*. Par conséquent, les par. 26(1) et 27(1) de la *Wildlife Act* ne portent pas atteinte à leur droit constitutionnel de chasser pour se nourrir.

However, Mr. Ominayak was exercising his constitutional right on land which was unoccupied for the purposes of this case. Section 26(1) of the *Wildlife Act* constitutes a *prima facie* infringement of his Treaty right to hunt for food. As a result of their conclusions, the issue of justification was not considered by the courts below. Therefore, in his case, a new trial must be ordered so that the issue of justification may be addressed.

### Disposition

The appeals of Mr. Badger and Mr. Kiyawasew are dismissed.

The appeal of Mr. Ominayak is allowed and a new trial directed so that the issue of the justification of the infringement created by s. 26(1) of the *Wildlife Act* and any regulations passed pursuant to that section may be addressed.

*Appeals of Wayne Clarence Badger and Leroy Steven Kiyawasew dismissed; appeal of Ernest Clarence Ominayak allowed and a new trial directed.*

*Solicitors for the appellants: Mandamin & Associates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations: Wardell, Worme, Piché & Missens, Saskatoon.*

Cependant, M. Ominayak exerçait son droit constitutionnel sur des terres qui étaient inoccupées pour les fins de l'espèce. Le paragraphe 26(1) de la *Wildlife Act* constitue une atteinte *prima facie* à son droit — issu du Traité — de chasser pour se nourrir. En raison de leurs conclusions, les juridictions inférieures n'ont pas examiné la question de la justification. Par conséquent, dans le cas de M. Ominayak, un nouveau procès doit être ordonné afin de permettre l'examen de cette question.

### Dispositif

Les pourvois de MM. Badger et Kiyawasew sont rejetés.

Le pourvoi de M. Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné afin que soit examinée la question de la justification de l'atteinte créée par le par. 26(1) de la *Wildlife Act* et les règlements pris en application de cette disposition.

*Les pourvois de Wayne Clarence Badger et de Leroy Steven Kiyawasew sont rejetés; le pourvoi d'Ernest Clarence Ominayak est accueilli et un nouveau procès est ordonné.*

*Procureurs des appelants: Mandamin & Associates, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

*Procureurs de l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations: Wardell, Worme, Piché & Missens, Saskatoon.*

102

103

104

*Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Parlee, McLaws, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Treaty 7 Tribal Council: Walsh, Wilkins, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Confederacy of Treaty Six First Nations: Molstad, Gilbert, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Scott & Ayles, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Parlee, McLaws, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant le Treaty 7 Tribal Council: Walsh, Wilkins, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Confederacy of Treaty Six First Nations: Molstad, Gilbert, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations: Scott & Ayles, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.*