

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

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. MARSHALL

File No.: 26014.

1999: November 17.

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

MOTION FOR REHEARING AND STAY

*Indians — Treaty rights — Fishing rights — Accused, a Mi'kmaq Indian, acquitted of charges of fishing in violation of federal fishery regulations — Accused found to possess treaty rights exempting him from compliance with regulations — Whether accused should have been acquitted absent new or further trial to determine justification of regulations — Whether government can regulate treaty right to fish by licensing regulations and closed seasons — Scope of government power to regulate treaty right — Whether judgment should be stayed pending disposition of rehearing if so ordered.*

*Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Rehearing — Intervener in appeal applying for rehearing — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 1 “party”.*

An intervener in the *Marshall* appeal, the West Nova Fishermen's Coalition, applied for a rehearing of the

**Donald John Marshall, Jr.** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. MARSHALL

N° du greffe: 26014.

1999: 17 novembre.

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

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET EN SURSIS  
D'EXÉCUTION

*Indiens — Droits issus de traités — Droits de pêche — Indien mi'kmaq acquitté d'accusations d'avoir pêché en contravention de règlements fédéraux sur la pêche — Accusé déclaré titulaire de droits issus de traité l'exemptant de l'obligation de se conformer à la réglementation — L'accusé aurait-il dû être acquitté en l'absence d'un nouveau procès ou de la poursuite du litige afin qu'il soit statué sur la justification de la réglementation? — Le gouvernement peut-il réglementer l'exercice d'un droit de pêche issu de traité en imposant par règlement des périodes de pêche et l'obligation de se procurer un permis? — Étendue du pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice d'un droit issu de traité — La prise d'effet du jugement devrait-elle être suspendue jusqu'au prononcé de la décision au terme de la nouvelle audience, si la tenue d'une telle audience est ordonnée?*

*Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition présentée par une intervenante au pourvoi — La Cour suprême a-t-elle compétence pour connaître de cette requête? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 «partie».*

Une intervenante dans l'affaire *Marshall*, la West Nova Fishermen's Coalition, a demandé que le pourvoi

appeal and, if granted, for a stay of the judgment pending the rehearing. The Coalition also sought a further trial limited to the issue whether the application of the fisheries regulations to the exercise of a Mi'kmaq treaty right could be justified on conservation or other grounds. The parties and other interveners opposed the rehearing and any further trial. The intervener's application was primarily directed to the presumed effects of the Court's judgment on the lobster fishery. The *Marshall* appeal, however, related to fishing eel out of season contrary to federal fishery regulations. In its judgment of September 17, 1999, a majority of the Court concluded that Marshall had established the existence and infringement of a local Mi'kmaq treaty right to carry on small scale commercial eel fishery. The Crown had not attempted to justify either the licensing restriction or the closed season to limit the exercise of the appellant's treaty right. The appellant was therefore acquitted. The issue of justification was a new issue neither raised by the parties nor decided in this Court nor dealt with in the courts below.

*Held:* The motion for a rehearing and stay of the judgment should be dismissed.

In light of the extended definition of "party" in Rule 1 of the Supreme Court Rules, this Court has jurisdiction to entertain an intervener's application for a rehearing but will only do so in exceptional circumstances. Not only are there no such circumstances here but the intervener's application also violated the basis on which an intervener is permitted to participate in the appeal in the first place, namely acceptance of the record as defined by the Crown and the defence. In so far as the Coalition's questions are capable of being answered on the trial record in this case, the responses are already evident in the majority judgment and the prior decisions of this Court referred to therein.

The Crown elected not to try to justify the licensing or closed season restriction on the eel fishery in this prosecution, but the resulting acquittal cannot be generalized to a declaration that licensing restrictions or closed seasons can never be imposed as part of the government's regulation of the Mi'kmaq limited commercial

soit entendu de nouveau et que, si cette demande était accueillie, il soit sursis à l'exécution du jugement pendant la nouvelle audience. La Coalition a également demandé la tenue d'un nouveau procès, qui serait limité à la question de savoir si l'application des règlements sur les pêches à l'exercice du droit issu de traité des Mi'kmaq pouvait être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs. Les parties et les autres intervenants se sont opposés à la tenue d'une nouvelle audience et de tout nouveau procès. La demande de la Coalition intervenante visait principalement les présumés effets, sur la pêche au homard, du jugement de la Cour. L'arrêt *Marshall* portait toutefois sur la pratique de la pêche à l'anguille pendant une période de fermeture, en contravention de la réglementation fédérale sur les pêches. Dans son jugement du 17 septembre 1999, la majorité de notre Cour a statué que Marshall avait établi l'existence et la violation d'un droit issu d'un traité local autorisant les Mi'kmaq à pêcher commercialement l'anguille sur une petite échelle. Comme le ministère public n'avait pas tenté de justifier l'une ou l'autre des restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — limitant l'exercice du droit issu de traité de l'appellant, ce dernier a été acquitté. La justification était donc une nouvelle question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ni décidée par la Cour ni examinée par les juridictions inférieures.

*Arrêt:* La requête en nouvelle audition et en sursis à l'exécution du jugement est rejetée.

Vu la définition large de «partie» à l'art. 1 des Règles, la Cour a compétence pour connaître de la demande d'un intervenant qui sollicite la tenue d'une nouvelle audience, mais elle ne le fait que dans des circonstances exceptionnelles. Non seulement n'existe-t-il pas de telles circonstances en l'espèce, mais, de plus, la requête de l'intervenante déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même d'un intervenant de participer à un pourvoi, savoir qu'il accepte le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement.

Le ministère public a choisi, dans le cadre des poursuites visées en l'espèce, de ne pas tenter de justifier les restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — imposées en matière de pêche à l'anguille, mais le fait de l'acquiescement qui en a résulté ne saurait être généralisé en une conclusion que de telles

“right to fish”. The factual context for justification is of great importance and the strength of the justification may vary depending on the resource, species, community and time.

The federal and provincial governments have the authority within their respective legislative fields to regulate the exercise of a treaty right where justified on conservation or other grounds. The *Marshall* judgment referred to the Court’s principal pronouncements on the various grounds on which the exercise of treaty rights may be regulated. The paramount regulatory objective is conservation and responsibility for it is placed squarely on the minister responsible and not on the aboriginal or non-aboriginal users of the resource. The regulatory authority extends to other compelling and substantial public objectives which may include economic and regional fairness, and recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups. Aboriginal people are entitled to be consulted about limitations on the exercise of treaty and aboriginal rights. The Minister has available for regulatory purposes the full range of resource management tools and techniques, provided their use to limit the exercise of a treaty right can be justified on conservation or other grounds.

The Coalition’s application is based on a misconception of the scope of the Court’s majority judgment of September 17, 1999 and the appellant should not have his acquittal kept in jeopardy while issues much broader than the specifics of his prosecution are litigated.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; **applied:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R.

restrictions ne peuvent être imposées dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi’kmaq. En matière de justification, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification peut varier selon la ressource, l’espèce, la communauté et l’époque.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont le pouvoir de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l’exercice d’un droit issu du traité, lorsque de telles mesures sont justifiées pour des raisons de conservation ou pour d’autres motifs. L’arrêt *Marshall* fait état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l’exercice de droits issus de traités. L’objectif prépondérant en matière de réglementation est la conservation de la ressource, et cette responsabilité incombe carrément au ministre responsable et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource. Le pouvoir de réglementation s’étend à d’autres objectifs d’intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l’équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation. Les peuples autochtones ont le droit d’être consultés à propos des restrictions à l’exercice des droits ancestraux ou issus de traités. En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu’il puisse justifier leur utilisation pour limiter l’exercice d’un droit issu de traité pour des raisons de conservation ou pour d’autres motifs.

La demande de la Coalition repose sur une méprise quant à la portée de l’opinion majoritaire de la Cour datée du 17 septembre 1999, et l’acquiescement de l’appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l’on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi.

#### Jurisprudence

**Distinction d’avec les arrêts:** *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêt appliqué:** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Renvoi relatif à la sécession du*

101; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

#### Statutes and Regulations Cited

*Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332 [am. SOR/94-390].  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7(1), 43 [am. 1991, c. 1, s. 12].  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 35(2).  
*Maritime Provinces Fishery Regulations*, SOR/93-55, Sch. III, item 2.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, Rules 1, 27.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

MOTION FOR REHEARING AND STAY of *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. Motion dismissed.

Written submissions by *A. William Moreira, Q.C.*, for the applicant the West Nova Fishermen's Coalition.

Written submissions by *Bruce H. Wildsmith, Q.C.*, for Donald John Marshall, Jr., respondent on the motion.

Written submissions by *Graham Garton, Q.C.*, and *Robert J. Frater*, for Her Majesty the Queen, respondent on the motion.

Written submissions by *D. Bruce Clarke*, for the Native Council of Nova Scotia, respondent on the motion.

Written submissions by *Henry J. Bear*, for the Union of New Brunswick Indians, respondent on the motion.

The following is the judgment delivered by

<sup>1</sup> THE COURT — The intervener, the West Nova Fishermen's Coalition (the "Coalition"), applies for a rehearing to have the Court address the regulatory authority of the Government of Canada over the east coast fisheries together with a new trial to

*Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

#### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7(1), 43 [mod. 1991, ch. 1, art. 12].  
*Règlement de pêche des provinces maritimes*, DORS/93-55, ann. III, art. 2.  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 35(2).  
*Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332 [mod. DORS/94-390].  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 1, 27.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET EN SURSIS D'EXÉCUTION dans l'affaire *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *A. William Moreira, c.r.*, pour la requérante la West Nova Fishermen's Coalition.

Argumentation écrite par *Bruce H. Wildsmith, c.r.*, pour Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Graham Garton, c.r.*, et *Robert J. Frater*, pour Sa Majesté la Reine, intimée à la requête.

Argumentation écrite par *D. Bruce Clarke*, pour le Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Henry J. Bear*, pour l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — L'intervenante West Nova Fishermen's Coalition (la «Coalition») demande la tenue d'une nouvelle audience afin que la Cour examine le pouvoir du gouvernement du Canada de régler les pêches sur la côte Est, la tenue d'un

allow the Crown to justify for conservation or other purposes the licensing and closed season restriction on the exercise of the appellant's treaty right, and for an order that the Court's judgment, dated September 17, 1999, [1999] 3 S.C.R. 456, be stayed in the meantime. The application is opposed by the Crown, the appellant Marshall and the other interveners.

Those opposing the motion object in different ways that the Coalition's motion rests on a series of misconceptions about what the September 17, 1999 majority judgment decided and what it did not decide. These objections are well founded. The Court did not hold that the Mi'kmaq treaty right cannot be regulated or that the Mi'kmaq are guaranteed an open season in the fisheries. Justification for conservation or other purposes is a separate and distinct issue at the trial of one of these prosecutions. It is up to the Crown to decide whether or not it wishes to support the applicability of government regulations when prosecuting an accused who claims to be exercising an aboriginal or treaty right.

The Attorney General of Canada, in opposing the Coalition's motion, acknowledges that the Crown did not lead any evidence at trial or make any argument on the appeal that the licensing and closed season regulations which restricted the exercise of the treaty right were justified in relation to the eel fishery. Accordingly, the issue whether these restrictions could have been justified in this case formed no part of the Court's majority judgment of September 17, 1999, and the constitutional question posed in this prosecution was answered on that basis.

nouveau procès en vue de permettre au ministère public de justifier, pour des raisons de conservation ou d'autres motifs, les restrictions — obligation de se procurer un permis et période de fermeture — auxquelles est assujéti l'exercice du droit issu de traité de l'appelant, ainsi qu'une ordonnance sursoyant, dans l'intervalle, à l'exécution du jugement de la Cour daté du 17 septembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 456. Le ministère public, l'appellant Marshall et les autres intervenants s'opposent à cette demande.

Les opposants à la requête plaident, sous divers angles, que la requête de la Coalition repose sur une série de méprises quant à ce qui a été décidé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 et à ce qui ne l'a pas été. Ces objections sont bien fondées. La Cour n'a pas statué que le droit conféré aux Mi'kmaq par le traité ne peut pas être réglementé ni que les Mi'kmaq ont un accès garanti aux pêches à longueur d'année. Dans le cadre de poursuites comme celles visées en l'espèce, la question de la justification pour des motifs de conservation ou pour d'autres objectifs est une étape distincte du procès. Il appartient au ministère public de décider s'il entend défendre ou non l'applicabilité de la réglementation gouvernementale à l'occasion de poursuites contre un accusé qui prétend exercer un droit ancestral ou issu de traité.

Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada reconnaît que le ministère public n'a présenté ni élément de preuve au procès ni argument en appel en vue de démontrer que les dispositions réglementaires établissant la période de fermeture et l'obligation de se procurer un permis qui restreignaient l'exercice du droit issu du traité étaient justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille. Par conséquent, la question de savoir si ces restrictions étaient justifiées en l'espèce n'a pas été abordée dans le jugement rendu par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999, et c'est sur cette base que la question constitutionnelle qui se posait dans les présentes poursuites a été tranchée.

2

3

The September 17, 1999 Acquittal

4 In its majority judgment, the Court acquitted the appellant of charges arising out of catching 463 pounds of eel and selling them for \$787.10. The acquittal was based on a treaty made with the British in 1760, and more particularly, on the oral terms reflected in documents made by the British at the time of the negotiations but recorded incompletely in the “truckhouse” clause of the written treaty. The treaty right permits the Mi’kmaq community to work for a living through continuing access to fish and wildlife to trade for “necessaries”, which a majority of the Court interpreted as “food, clothing and housing, supplemented by a few amenities”.

5 The Coalition argues that the native and non-native fishery should be subject to the same regulations. In fact, as pointed out in the September 17, 1999 majority judgment, natives and non-natives were subject to the unilateral regulatory authority of successive governments from 1760-61 to 1982. Until adoption of the *Constitution Act, 1982*, the appellant would clearly have been subject to regulations under the federal *Fisheries Act* and predecessor enactments in the same way and to the same extent as members of the applicant Coalition unless given a regulatory exemption as a matter of government policy.

6 As further pointed out in the September 17, 1999 majority judgment, the framers of the Constitution caused existing aboriginal and treaty rights to be entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This gave constitutional status to rights that were previously vulnerable to unilateral extinguishment. The constitutional language necessarily included the 1760-61 treaties, and did not, on its face, refer expressly to a power to regulate. Section 35(1) simply says that “[t]he existing aboriginal

L’acquittement du 17 septembre 1999

Dans le jugement de la majorité, notre Cour a acquitté l’appelant des accusations d’avoir pêché 463 livres d’anguille et d’avoir vendu ces prises pour 787,10 \$. Le fondement de l’acquittement est un traité conclu avec les Britanniques en 1760 et, de façon plus particulière, les conditions verbales de ce traité qui ressortent de documents préparés par les Britanniques durant les négociations mais qui ont été consignées de manière incomplète dans la clause relative aux «maisons de troc» figurant dans le texte du traité. Le droit issu du traité permet à la communauté mi’kmaq d’assurer sa subsistance en lui accordant un accès continu aux ressources halieutiques et fauniques pour qu’elle puisse en faire le commerce afin de pouvoir se procurer les «choses nécessaires», notion que la majorité de notre Cour a interprétée comme étant «la nourriture, le vêtement et le logement, complété[s] par quelques commodités de la vie».

La Coalition prétend que les activités de pêche des Autochtones et celles des non-autochtones devraient être assujetties à la même réglementation. En fait, comme il a été souligné dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tant les Autochtones que les non-autochtones étaient assujettis au pouvoir de réglementation unilatéral des divers gouvernements qui se sont succédé des années 1760 et 1761 jusqu’en 1982. Jusqu’à l’édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’appelant aurait été clairement assujetti à la réglementation établie en vertu de la *Loi sur les pêches* et des lois qui l’ont précédée, au même titre que les membres de la Coalition requérante, à moins de se voir accorder une exemption de la réglementation au titre d’une politique gouvernementale.

Comme il a également été souligné dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, les auteurs de notre Constitution ont fait inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette mesure a eu pour effet de constitutionnaliser des droits qui jusque-là étaient vulnérables à l’extinction par décision unilatérale. Ce texte incluait nécessairement les traités de 1760 et 1761, et il ne faisait pas expressément mention

and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”. In subsequent cases, some aboriginal peoples argued that, as no regulatory restrictions on their rights were expressed in plain language in the Constitution, none could be imposed except by constitutional amendment. On the other hand, some of the Attorneys General argued that as aboriginal and treaty rights had always been vulnerable to unilateral regulation and extinguishment by government, this vulnerability was itself part of the rights now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In a series of important decisions commencing with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, which arose in the context of the west coast fishery, this Court affirmed that s. 35 aboriginal and treaty rights *are* subject to regulation, provided such regulation is shown by the Crown to be justified on conservation or other grounds of public importance. A series of tests to establish such justification was laid out. These cases were referred to in the September 17, 1999 majority judgment, but the applicable principles were not elaborated because justification was not an issue which the Crown chose to make part of this particular prosecution, and therefore neither the Crown nor the defence had made submissions respecting the government’s continuing powers of regulation. The Coalition recognizes that it is raising a new issue. It submits “that it is plain in the Reasons for Judgment, and in the earlier decisions of the Provincial Court of Nova Scotia at trial and of the Nova Scotia Court of Appeal on initial appeal, that that issue [of regulatory justification] has been neither considered nor decided”.

The Coalition nevertheless says it would be an “injustice” to its members if the appellant is not

de quelque pouvoir de réglementation. Le paragraphe 35(1) dit simplement que «[l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés». Dans des affaires subséquentes, certains peuples autochtones ont plaidé que, comme aucune restriction par voie réglementaire de leurs droits n’est exprimée en langage clair dans la Constitution, aucune restriction de cette nature ne pouvait être imposée si ce n’est par voie de modification constitutionnelle. En revanche, certains procureurs généraux ont prétendu que, comme les droits ancestraux ou issus de traités avaient toujours été vulnérables à la réglementation et à l’extinction unilatérales par le gouvernement, cette vulnérabilité faisait elle-même partie intégrante des droits désormais inscrits à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans une série de décisions importantes, dont la première a été l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, qui concernait la pêche sur la côte Ouest, notre Cour a confirmé que les droits ancestraux et issus de traités visés à l’art. 35 *sont* assujettis à la réglementation, pourvu que l’État soit en mesure de justifier cette réglementation pour des motifs de conservation ou pour d’autres raisons d’importance publique. Une série de critères permettant de déterminer si cette justification a été apportée ont été exposés. Ces différents arrêts ont été mentionnés dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mais les principes applicables n’ont pas été analysés en détail étant donné que le ministère public avait choisi de ne pas mettre en litige la question de la justification dans le cadre des poursuites visées en l’espèce et que, de ce fait, ni le ministère public ni la défense n’avaient présenté d’observations relativement au maintien des pouvoirs de réglementation du gouvernement. La Coalition reconnaît qu’elle soulève une nouvelle question. Elle plaide [TRADUCTION] «qu’il ressort clairement des motifs du jugement ainsi que des décisions de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse au procès et de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse en appel que cette question [de la justification de la réglementation] n’a pas été examinée ni décidée».

La Coalition affirme néanmoins que, si l’appellant ne subit pas un nouveau procès relativement à

put through a new trial on the issue of justification. The Coalition asks the Court in effect to transform the proceeding retroactively into an advisory reference or declaratory action. The Attorney General of Canada objects to this transformation. It was the Crown's decision to proceed against the appellant by way of an ordinary prosecution. The appellant responded to the Crown's evidence. He was found not guilty of the case put against him.

#### No Stay of Judgment

8 The appellant, like any other accused who is found to be not guilty, is ordinarily entitled to an immediate acquittal, not a judgment that is suspended while the government considers the wider implications of an unsuccessful prosecution. The Attorney General of Canada did not at the hearing of this appeal, and does not now in its response to the Coalition's motion, apply for a stay of the effect of the Court's recognition and affirmation of the Mi'kmaq treaty right. Should such an application be made, the Court will hear argument on whether it has the jurisdiction to grant such a stay, and if so, whether it ought to do so in this case.

#### Status of the West Nova Fishermen's Coalition

9 Those in opposition challenge the status of the Coalition to bring this application. It is argued that the Coalition, being an intervener, does not have the rights of a party to ask for a rehearing. The Coalition was added as an intervener to this proceeding by order dated April 7, 1998. Pursuant to s. 1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, as pointed out by the Coalition in its Reply, an intervener enjoys the status of a party to the appeal unless the text of a particular rule provides otherwise or unless the context of a particular rule does not so permit. While it would only be

la question de la justification, il en résultera une «injustice» pour ses membres. Dans les faits, la Coalition demande à notre Cour de transformer rétroactivement les poursuites en un renvoi consultatif ou en une action en jugement déclaratoire. La procureure générale du Canada s'oppose à cette transformation. Il appartenait au ministère public de décider d'agir contre l'appelant par voie de poursuites ordinaires. L'appelant a répondu à la preuve présentée par le ministère public. Il a été jugé non coupable des accusations qui pesaient contre lui.

#### Aucun sursis à l'exécution du jugement

À l'instar de tout autre accusé jugé non coupable, l'appelant est normalement en droit de s'attendre à ce qu'on prononce un acquittement immédiat, et non un jugement dont la prise d'effet serait suspendu pendant que le gouvernement considère les répercussions plus générales des poursuites infructueuses qu'il a intentées. La procureure générale du Canada n'a pas demandé à l'occasion de l'audition du pourvoi, et elle ne demande pas non plus dans sa réponse à la requête de la Coalition qu'il soit sursis à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation par la Cour du droit issu de traité des Mi'kmaq. Si une telle demande était présentée, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

#### La qualité pour agir de la West Nova Fishermen's Coalition

Les opposants à la requête affirment que la Coalition n'a pas qualité pour présenter cette requête. Ils plaident que, en tant qu'intervenante, la Coalition n'a pas le droit qu'ont les parties de demander la tenue d'une nouvelle audience. La Coalition a été constituée intervenante aux présentes procédures par une ordonnance datée du 7 avril 1998. Comme le souligne la Coalition dans sa réplique, conformément à l'art. 1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, un intervenant a, sauf indication contraire du contexte, la qualité de «partie» au pourvoi. Bien que ce ne soit que



in exceptional circumstances that the Court would entertain an intervenor's application for a rehearing, the extended definition of "party" in s. 1 of the Rules gives the Court the jurisdiction to do so. Not only are there no such exceptional circumstances here, but also the Coalition's motion violates the basis on which interveners are permitted to participate in an appeal in the first place, which is that interveners accept the record as defined by the Crown and the defence. Moreover, in so far as the Coalition's questions are capable of being answered on the trial record in this case, the responses are already evident in the September 17, 1999 majority judgment and the prior decisions of this Court therein referred to. The Crown, the appellant Marshall and the other interveners all oppose a new trial on the issue of justification. They are right to do so, for the reasons which follow.

The Coalition requests a rehearing on the following issues:

1. Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of unlicensed sale of fish, contrary to s. 35(2) of the *Fishery (General) Regulations*, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether that Regulation is or can be justified by the government of Canada;
2. Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of out-of-season fishing, contrary to Item 2 of Schedule III of the *Maritime Provinces Fishery Regulations*, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether those Regulations are or can be justified by the government of Canada;
3. Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of licensing requirements;

dans des circonstances exceptionnelles que notre Cour entende la demande d'un intervenant sollicitant la tenue d'une nouvelle audience, la définition large de «partie» à l'art. 1 des Règles accorde à la Cour le pouvoir de connaître d'une telle demande. Non seulement n'existe-t-il pas de circonstances exceptionnelles en l'espèce, mais, de plus, la requête de la Coalition déroge au principe fondamental sur lequel repose le droit même des intervenants de participer à un pourvoi, savoir qu'ils acceptent le dossier tel qu'il a été défini par le ministère public et la défense. Qui plus est, dans la mesure où il est possible de répondre aux questions posées par la Coalition à partir du dossier du procès en l'espèce, les réponses ressortent déjà clairement du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999 et des arrêts antérieurs de notre Cour mentionnés dans ce jugement. Le ministère public, l'appellant Marshall et les autres intervenants s'opposent tous à la tenue d'un nouveau procès relativement à la question de la justification. Leur opposition est bien fondée et ce pour les motifs suivants.

La Coalition demande une nouvelle audience pour que soient examinées les questions suivantes:

[TRADUCTION]

1. L'appellant a-t-il droit à l'acquiescement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposition a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?
2. L'appellant a-t-il droit à l'acquiescement à l'égard de l'accusation d'avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l'art. 2 de l'annexe III du *Règlement de pêche des provinces maritimes*, en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?
3. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appellant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?

- |   |   |
|---|---|
| <p>4. Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of closed seasons;</p> <p>5. In any event, what is the scope of regulatory power possessed by the government of Canada for purposes of regulating the treaty right; and</p> <p>6. . . . pursuant to section 27 of the <i>Rules of the Supreme Court of Canada</i>, [requests] an Order that [the Court's] judgment pronounced herein on the 17th day of September, 1999 be stayed pending disposition of the rehearing of the appeal, if ordered.</p> | <p>4. Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?</p> <p>5. Indépendamment de ce qui précède, quelle est l'étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de réglementer le droit issu du traité?</p> <p>6. . . . conformément à l'art. 27 des <i>Règles de la Cour suprême du Canada</i>, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience.</p> |
|---|---|

11 These questions, together with the Coalition's request for a stay of judgment, reflect a basic misunderstanding of the scope of the Court's majority reasons for judgment dated September 17, 1999. As stated, this was a prosecution of a private citizen. It required the Court to determine whether certain precise charges relating to the appellant's participation in the eel fishery could be sustained. The majority judgment of September 17, 1999 was limited to the issues necessary to dispose of the appellant's guilt or innocence.

Ces questions, ainsi que la requête en sursis à l'exécution présentée par la Coalition témoignent d'une incompréhension fondamentale de la portée des motifs de jugement exposés par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999. Comme il a été indiqué plus tôt, le pourvoi concernait des poursuites intentées contre un citoyen. La Cour devait décider si le bien-fondé de certaines accusations précises concernant la participation de l'appelant à la pêche à l'anguille avait été établi. L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 se limitait aux questions nécessaires pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.

12 An order suspending the effect of a judgment of this Court is infrequently granted, especially where (as here) the parties have not requested such an order. This was not a reference to determine the general validity of legislative and regulatory provisions, as was the case, for example, in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 780, where the Court suspended its declaration of invalidity of Manitoba enactments until "the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing". Nor was this a case where the Court was asked to grant declaratory relief with respect to the invalidity of statutory provisions, as in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, where the Court suspended the effect of its declaration of invalidity of the definition of "spouse" for the purpose of s. 29 of the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, for a period

Notre Cour n'accorde pas fréquemment d'ordonnance sursoyant à la prise d'effet de ses jugements, spécialement dans les cas (comme celui qui nous occupe) où les parties n'ont pas demandé une telle ordonnance. La présente affaire n'était toutefois pas un renvoi visant à faire statuer sur la validité générale de dispositions législatives et réglementaires, comme c'était le cas, par exemple, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 780, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité des lois du Manitoba jusqu'à «l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier». Il ne s'agissait pas non plus d'un cas où l'on demandait à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire invalidant certaines dispositions législatives, comme l'affaire *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour a suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité de la définition de «conjoint» pour

of six months to enable the legislature to consider appropriate amendments.

Here the Crown elected to test the treaty issue by way of a prosecution, which is governed by a different set of rules than is a reference or a declaratory action. This appeal was directed solely to the issue whether the Crown had proven the appellant guilty as charged. In his defence, the appellant established that the collective treaty right held by his community allowed him to fish for eels in what was described as “a small-scale commercial activity to help subsidize or support himself and his common-law spouse”, and that the existing regulations under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, had not recognized or accommodated that treaty right.

As stated in para. 56 of the September 17, 1999 majority judgment, the treaty right was “to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to restrictions that can be justified under the *Badger* test” (emphasis added). The *Badger* test (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771) will be discussed below. The Crown, as stated, did not offer any evidence or argument justifying the licensing and closed season restrictions (referred to in the statute and regulations as a “close time”) on the appellant’s exercise of the collective treaty right, such as (for example) a need to conserve and protect the eel population. The eel population may not in fact require protection from commercial exploitation. Such was the assertion of the Native Council of Nova Scotia in opposition to the Coalition’s motion:

l’application de l’art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, pendant une période de six mois afin de permettre à la législature de cette province d’examiner les modifications appropriées.

En l’espèce, le ministère public a choisi de contester la thèse du droit issu de traité en intentant des poursuites, type de procédure qui n’est pas régi par les mêmes règles que les renvois ou les actions en jugement déclaratoire. Le présent pourvoi portait seulement sur la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l’appelant était coupable des accusations portées contre lui. En défense, l’appelant a prouvé que le droit collectif issu de traité dont est titulaire sa communauté l’autorisait à se livrer à des activités de pêche à l’anguille qu’on a qualifiées [TRADUCTION] «d’activités commerciales sur une petite échelle pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa conjointe de fait», et il a établi que les règlements d’application existants de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, ne reconnaissaient pas l’existence de ce droit issu de traité ou ne comportaient pas les adaptations nécessaires à son exercice.

Comme il est indiqué au par. 56 de l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le droit issu du traité permet «de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*» (nous soulignons). Ce critère (établi dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771) est examiné plus loin. Comme il a été dit plus tôt, le ministère public n’a pas présenté d’éléments de preuve ou d’arguments justifiant les restrictions — période de fermeture et obligation de se procurer un permis — auxquelles est assujéti l’exercice par l’appelant du droit collectif issu du traité, justification telle la nécessité de conserver et de protéger la population d’anguilles. Il est possible que, dans les faits, la population d’anguilles n’ait pas besoin de protection contre l’exploitation commerciale. C’est ce qu’a affirmé le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la Coalition:

13

14

... Mr. Marshall was fishing eels. There are no possible conservation issues involving the eel fishery. They are not an endangered species and there is no significant non-native commercial fishery. They are a traditional harvest species, being harvested by Mr. Marshall in a traditional method and in relatively small quantities. There is simply no justificatory evidence that the Crown could have led.

The Attorney General of Canada's written argument on the appeal to this Court specifically stated that "[s]ince no such treaty rights have been established in this case, then there was no requirement for the Crown to justify its *Fisheries Act* regulations in accordance with ... *R. v. Sparrow* [*supra*] or *R. v. Gladstone* [[1996] 2 S.C.R. 723]". The written argument of the Attorney General for New Brunswick did not refer to the issue of justification at all, and neither the Attorney General of Nova Scotia nor the Attorney General of Prince Edward Island intervened on the appeal. The majority judgment delivered on September 17, 1999, therefore directed the acquittal of the appellant on the evidence brought against him. The issue of justification was not before the Court and no judgment was made about whether or not such restrictions could have been justified in relation to the eel fishery had the Crown led evidence and argument to support their applicability.

#### Grounds on Which the Coalition Seeks a Rehearing

1. *Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of unlicensed sale of fish, contrary to s. 35(2) of the Fishery (General) Regulations, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether that Regula-*

[TRADUCTION] ... Monsieur Marshall pêchait l'anguille. La pêche de ce poisson ne soulève aucune question de conservation. L'anguille n'est pas une espèce menacée et les activités de pêche commerciale de ce poisson par des non-autochtones ne sont pas considérables. L'anguille est une espèce traditionnellement pêchée, que M. Marshall pêche selon une méthode traditionnelle et en quantités relativement petites. Il n'y a tout simplement aucune justification qui aurait pu être présentée en preuve par le ministère public.

La procureure générale du Canada a dit expressément, dans l'argumentation écrite qu'elle a présentée à notre Cour dans le cadre du présent pourvoi, que [TRADUCTION] «[c]omme l'existence d'aucun droit issu de traité de la sorte n'a été établie en l'espèce, le ministère public n'était pas tenu de justifier ses règlements d'application de la *Loi sur les pêches* conformément à ... *R. c. Sparrow* [précité] ou à *R. c. Gladstone* [[1996] 2 R.C.S. 723]». La question de la justification n'était aucunement mentionnée dans l'argumentation écrite du procureur général du Nouveau-Brunswick, et ni le procureur général de la Nouvelle-Écosse ni celui de l'Île-du-Prince-Édouard ne sont intervenus dans le pourvoi. Par conséquent, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a ordonné l'acquiescement de l'appellant au regard de la preuve présentée contre ce dernier. La Cour n'était pas saisie de la question de la justification et aucune décision n'a été prononcée à l'égard de la question de savoir si oui ou non de telles restrictions auraient pu être justifiées dans le cas de la pêche à l'anguille si le ministère public avait présenté des éléments de preuve et des arguments au soutien de leur applicabilité.

#### Motifs invoqués par la Coalition au soutien de sa demande de nouvelle audience

1. *L'appellant a-t-il droit à l'acquiescement à l'égard de l'accusation d'avoir vendu du poisson pris sans permis, en contravention du par. 35(2) du Règlement de pêche (dispositions générales), en l'absence d'un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité de cette disposi-*

*tion is or can be justified by the government of Canada*

The appellant, as any other citizen facing a prosecution, is entitled to know in a timely way the case he has to meet, and to be afforded the opportunity to answer it. The Coalition seeks a new trial on a new issue. The September 17, 1999 majority decision specifically noted at para. 4 that the treaty right

was always subject to regulation. The Crown does not suggest that the regulations in question accommodate the treaty right. The Crown's case is that no such treaty right exists. Further, no argument was made that the treaty right was extinguished prior to [enactment of the *Constitution Act, 1982*], and no justification was offered by the Crown for the several prohibitions at issue in this case. [Emphasis added.]

The Attorney General of Canada affirms in opposition to the Coalition's motion the limited nature of the issues raised at trial:

In this case, the intervener wishes to contest the appellant's entitlement to an acquittal by raising issues as to whether the regulations under which the appellant was charged could be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*. That would clearly be a new issue in the proceedings. It is not open to the intervener to raise an issue that did not arise between the parties to the appeal. [Emphasis added.]

In its Reply, the Coalition argues that to require the parties to deal with the issue of regulatory justification in the same trial as treaty entitlement "would be to impose an unreasonable and unworkable burden in aboriginal rights litigation at the trial level". Whatever may be the advantages or disadvantages of splitting these issues into a two-stage trial, no such proposal was made to the trial judge by the parties, and no such procedure was considered, much less adopted, in this case. As stated, the Crown here opposes a rehearing and opposes a new trial. The issues of concern to the Coalition largely relate to the lobster fishery, not the eel fishery, and, if necessary, can be raised and decided in future cases that involve the specifics of

*tion a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l'être?*

À l'instar de tout autre citoyen faisant l'objet de poursuites, l'appelant a droit qu'on l'informe en temps opportun de ce qu'on lui reproche et qu'on lui donne la possibilité de réfuter ces accusations. La Coalition sollicite la tenue d'un nouveau procès à l'égard d'une nouvelle question. Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on souligne expressément, au par. 4, que le droit issu du traité

a toujours été assujéti à la réglementation. Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant [l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*], ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. [Nous soulignons.]

Dans son opposition à la requête de la Coalition, la procureure générale du Canada affirme ce qui suit relativement à la nature limitée des questions soulevées au procès:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, l'intervenante désire contester le droit de l'appelant à l'acquiescement en soulevant certains points relativement à la question de savoir si les dispositions réglementaires en vertu desquelles ce dernier a été accusé peuvent être justifiées conformément au critère établi dans *R. c. Sparrow*. Il s'agirait clairement d'une nouvelle question dans le cadre des procédures. Il n'est pas loisible à l'intervenante de soulever une question qui n'était pas en litige entre les parties au pourvoi. [Nous soulignons.]

Dans sa réplique, la Coalition affirme que le fait d'obliger les parties à débattre, au cours du même procès, la question de la justification de la réglementation et celle du droit issu de traité [TRADUCTION] «aurait pour effet d'imposer aux parties, à l'étape du procès, un fardeau déraisonnable et impraticable dans les affaires concernant les droits des Autochtones». Quels que puissent être les avantages ou les désavantages de scinder l'examen de ces questions dans un procès en deux temps, aucune proposition en ce sens n'a été faite au juge du procès par les parties et aucune procédure de la sorte n'a été envisagée, et encore moins adoptée, dans le présent cas. Comme il a été indiqué plus tôt, le ministère public s'oppose en l'espèce à la

the lobster fishery. It is up to the Crown to initiate enforcement action in the lobster and other fisheries if and when it chooses to do so.

2. *Whether the Appellant is entitled to have been acquitted on a charge of out-of-season fishing, contrary to Item 2 of Schedule III of the Maritime Provinces Fishery Regulations, in the absence of a new (or further) trial on the issue of whether those Regulations are or can be justified by the government of Canada*

16 The Coalition argues that a rehearing and a further trial are necessary because of “uncertainty” about the authority of the government to manage the fisheries. The Attorney General of Canada, acting on behalf of the federal government which regulates the fisheries, opposes the Coalition’s position.

17 In the event of another prosecution under the regulations, the Crown will (as it did in this case) have the onus of establishing the factual elements of the offence. The onus will then switch to the accused to demonstrate that he or she is a member of an aboriginal community in Canada with which one of the local treaties described in the September 17, 1999 majority judgment was made, and was engaged in the exercise of the community’s collective right to hunt or fish in that community’s traditional hunting and fishing grounds. The Court’s majority judgment noted in para. 5 that no treaty was made by the British with the Mi’kmaq population as a whole:

... the British signed a series of agreements with individual Mi’kmaq communities in 1760 and 1761 intending to have them consolidated into a comprehensive Mi’kmaq treaty that was never in fact brought into existence. The trial judge, Embree Prov. Ct. J., found

tenué d’une nouvelle audience ainsi qu’à la tenue d’un nouveau procès. Les questions qui préoccupent la Coalition concernent en grande partie la pêche au homard et non la pêche à l’anguille, et, s’il y a lieu, ces questions pourraient être soulevées et tranchées dans de futures affaires mettant en cause les particularités de la pêche au homard. C’est au ministère public qu’il appartient de prendre des mesures visant à faire respecter la loi dans le cas du homard ou d’autres pêches, et ce lorsqu’il choisit de le faire.

2. *L’appelant a-t-il droit à l’acquiescement à l’égard de l’accusation d’avoir pêché pendant la période de fermeture, en contravention de l’art. 2 de l’annexe III du Règlement de pêche des provinces maritimes, en l’absence d’un nouveau procès (ou de la poursuite du litige) relativement à la question de savoir si la validité du règlement a été justifiée par le gouvernement du Canada ou si elle peut l’être?*

La Coalition prétend qu’une nouvelle audience et un nouveau procès sont nécessaires pour lever l’«incertitude» qui existerait à l’égard du pouvoir du gouvernement de gérer les pêches. La procureure générale du Canada, agissant pour le compte du gouvernement fédéral qui réglemente les pêches, conteste la thèse de la Coalition.

Si de nouvelles poursuites étaient intentées en vertu des dispositions réglementaires, le ministère public aurait (tout comme dans le présent cas) le fardeau de prouver les éléments factuels de l’infraction. Cela fait, il incomberait alors à l’accusé de démontrer qu’il est membre d’une communauté autochtone au Canada, communauté qui est partie à un des traités décrits dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et qu’il exerçait le droit collectif de cette communauté de chasser ou de pêcher sur ses territoires de chasse et de pêche traditionnels. Il est souligné, au par. 5 de l’opinion majoritaire, que les Britanniques n’ont pas conclu de traité global avec la population mi’kmaq:

... les Britanniques ont signé avec diverses communautés mi’kmaq une série d’ententes qu’ils entendaient consolider en un traité global avec les Mi’kmaq, mais qui, dans les faits, n’a jamais vu le jour. Le juge qui a présidé le procès, le juge Embree de la Cour provinciale

that by the end of 1761 all of the Mi'kmaq villages in Nova Scotia had entered into separate but similar treaties. [Emphasis added.]

The British Governor in Halifax thus proceeded on the basis that local chiefs had no authority to promise peace and friendship on behalf of other local chiefs in other communities, or to secure treaty benefits on their behalf. The treaties were local and the reciprocal benefits were local. In the absence of a fresh agreement with the Crown, the exercise of the treaty rights will be limited to the area traditionally used by the local community with which the “separate but similar” treaty was made. Moreover, the treaty rights do not belong to the individual, but are exercised by authority of the local community to which the accused belongs, and their exercise is limited to the purpose of obtaining from the identified resources the where-withal to trade for “necessaries”.

The September 17, 1999 majority judgment further pointed out that the accused will be required to demonstrate (as the appellant did here) that the regulatory regime significantly restricts the exercise of the treaty right. The majority judgment concluded on this point, at para. 64, that:

In the circumstances, the purported regulatory prohibitions against fishing without a licence (*Maritime Provinces Fishery Regulations*, s. 4(1)(a)) and of selling eels without a licence (*Fishery (General) Regulations*, s. 35(2)) do *prima facie* infringe the appellant's treaty rights under the Treaties of 1760-61 and are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test. [Emphasis added.]

At the end of the day, it is always open to the Minister (as it was here) to seek to justify the limitation on the treaty right because of the need to conserve the resource in question or for other compelling and substantial public objectives, as discussed below. Equally, it will be open to an accused in future cases to try to show that the treaty right was intended in 1760 by *both* sides to

de la Nouvelle-Écosse, a conclu que, à la fin de 1761, des traités similaires avaient été conclus avec tous les villages mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse. [Nous soulignons.]

Le gouverneur britannique à Halifax a agi ainsi parce qu'il considérait que le chef d'une communauté donnée n'avait pas l'autorité requise soit pour faire des promesses de paix et d'amitié au nom de chefs d'autres communautés, soit pour obtenir pour ceux-ci des avantages par voie de traité. Les traités et les avantages réciproques en découlant avaient un caractère local. En l'absence d'une nouvelle entente avec l'État, l'exercice des droits issus de traités se limite au territoire traditionnellement utilisé par la communauté locale qui a conclu un traité «similaire». En outre, les droits issus de traités n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient, et ils ne peuvent être exercés qu'à seule fin de tirer des ressources mentionnées les biens à échanger pour les «choses nécessaires».

Il est en outre précisé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 que l'accusé devra également prouver (comme l'a fait l'appellant en l'espèce) que le régime de réglementation restreint de manière appréciable l'exercice du droit issu de traité. La majorité a conclu ainsi sur ce point, au par. 64:

Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements, c'est-à-dire l'interdiction de pêcher sans permis (*Règlement de pêche des provinces maritimes*, al. 4(1)a)) et l'interdiction de vendre des anguilles sans permis (*Règlement de pêche (dispositions générales)*, par. 35(2)), portent à première vue atteinte aux droits conférés à l'appellant par les traités de 1760 et de 1761 et sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

En dernier ressort, il est toujours loisible au ministre (comme il en avait la possibilité en l'espèce) de tenter de justifier la limitation du droit issu de traité en se fondant sur la nécessité de conserver la ressource en question ou sur d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, comme nous le verrons plus loin. De même, il sera loisible à l'accusé, dans de futures affaires,

18

19

include access to resources other than fish, wildlife and traditionally gathered things such as fruits and berries. The word “gathering” in the September 17, 1999 majority judgment was used in connection with the types of the resources traditionally “gathered” in an aboriginal economy and which were thus reasonably in the contemplation of the parties to the 1760-61 treaties. While treaty rights are capable of evolution within limits, as discussed below, their subject matter (absent a new agreement) cannot be wholly transformed. Certain unjustified assumptions are made in this regard by the Native Council of Nova Scotia on this motion about “the effect of the economic treaty right on forestry, minerals and natural gas deposits offshore”. The Union of New Brunswick Indians also suggested on this motion a need to “negotiate an integrated approach dealing with all resources coming within the purview of fishing, hunting and gathering which includes harvesting from the sea, the forests and the land”. This extended interpretation of “gathering” is not dealt with in the September 17, 1999 majority judgment, and negotiations with respect to such resources as logging, minerals or offshore natural gas deposits would go beyond the subject matter of this appeal.

d’essayer de démontrer que, en 1760, les *deux* parties considéraient que le droit issu de traité donnait accès à des ressources autres que le poisson, les espèces sauvages et les produits traditionnellement visés par les activités de cueillette comme les baies et autres fruits. Le mot «cueillette» figurant dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a été utilisé à l’égard des ressources qui étaient traditionnellement «cueillies» dans le cadre d’une économie autochtone et qui étaient donc raisonnablement envisagées par les parties aux traités de 1760 et 1761. Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d’évolution, comme nous le verrons plus loin, leur objet ne peut (en l’absence d’une nouvelle entente) être transformé du tout au tout. À cet égard, dans le cadre de la présente requête, certaines suppositions injustifiées sont faites par le Native Council of Nova Scotia quant [TRADUCTION] «aux répercussions de l’exercice du droit économique issu du traité sur l’exploitation des ressources forestières, des ressources minérales et des gisements de gaz naturel extracôtiers». Pour sa part, l’Union of New Brunswick Indians a évoqué le besoin de [TRADUCTION] «négocier une approche intégrée à l’égard de l’ensemble des ressources visées par la chasse, la pêche et la cueillette, ce qui inclut les produits de la mer, de la terre et des forêts». Cette interprétation élargie de la notion de «cueillette» n’est pas examinée dans l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et des négociations touchant des ressources telles que le bois, les substances minérales et les gisements de gaz naturel extracôtiers dépasseraient l’objet du présent pourvoi.

20

The September 17, 1999 majority judgment did not rule that the appellant had established a treaty right “to gather” anything and everything physically capable of being gathered. The issues were much narrower and the ruling was much narrower. No evidence was drawn to our attention, nor was any argument made in the course of this appeal, that trade in logging or minerals, or the exploitation of off-shore natural gas deposits, was in the contemplation of either or both parties to the 1760 treaty; nor was the argument made that exploitation of such resources could be considered a logical evolution of treaty rights to fish and wildlife or

L’opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n’a pas décidé que l’appelant avait établi l’existence d’un droit issu de traité permettant de «cueillir» toute chose qui peut physiquement l’être. Les questions en litige étaient beaucoup plus restreintes et la décision beaucoup plus limitée. Dans le cours du présent appel, il ne nous a été présenté aucun élément de preuve ou argument tendant à indiquer que le commerce des ressources forestières ou minérales ou l’exploitation des gisements de gaz naturel extracôtiers étaient envisagés par l’une ou l’autre des parties au traité de 1760, ou par les deux; il n’a pas non plus été plaidé que l’exploita-



to the type of things traditionally “gathered” by the Mi’kmaq in a 1760 aboriginal lifestyle. It is of course open to native communities to assert broader treaty rights in that regard, but if so, the basis for such a claim will have to be established in proceedings where the issue is squarely raised on proper historical evidence, as was done in this case in relation to fish and wildlife. Other resources were simply not addressed by the parties, and therefore not addressed by the Court in its September 17, 1999 majority judgment. As acknowledged by the Union of New Brunswick Indians in opposition to the Coalition’s motion, “there are cases wending their way through the lower courts dealing specifically with some of these potential issues such as cutting timber on Crown lands”.

The fact the Crown elected not to try to justify a closed season on the eel fishery at issue in this case cannot be generalized, as the Coalition’s question implies, to a conclusion that closed seasons can never be imposed as part of the government’s regulation of the Mi’kmaq limited commercial “right to fish”. A “closed season” is clearly a potentially available management tool, but its application to treaty rights will have to be justified for conservation or other purposes. In the absence of such justification, an accused who establishes a treaty right is ordinarily allowed to exercise it. As suggested in the expert evidence filed on this motion by the Union of New Brunswick Indians, the establishment of a closed season may raise very different conservation and other issues in the eel fishery than it does in relation to other species such as salmon, crab, cod or lobster, or for that matter, to moose and other wildlife. The complexities and techniques of fish and wildlife management vary from species to species and restrictions will likely have to be justified on a species-by-species basis.

tion de telles ressources pouvait être considérée comme une évolution logique des droits conférés par le traité à l’égard des ressources halieutiques et fauniques ou des autres choses traditionnellement «cueillies» par les Mi’kmaq dans le cadre du mode de vie autochtone en 1760. Il est évidemment loisible aux communautés autochtones de revendiquer l’existence de droits issus de traité plus larges à cet égard, mais, dans un tel cas, le fondement d’une telle revendication devra être établie dans le cadre de procédures où cette question est nettement soulevée, à la lumière de la preuve de nature historique pertinente, comme cela a été fait en l’espèce pour ce qui est des ressources halieutiques et fauniques. Les parties n’ont tout simplement pas parlé d’autres ressources et il n’en est donc pas question dans l’opinion majoritaire de la Cour du 17 septembre 1999. Comme le reconnaît l’Union of New Brunswick Indians dans son opposition à la requête de la Coalition, [TRADUCTION] «il y a actuellement des affaires qui suivent leur cours devant les tribunaux de juridiction inférieure et qui portent précisément sur certaines de ces questions potentielles, telle la coupe de bois sur les terres de la Couronne».

Le fait que le ministère public ait choisi de ne pas tenter de justifier la période de fermeture de la pêche à l’anguille en litige dans le présent cas ne saurait, contrairement à ce que laisse entendre la question de la Coalition, être généralisé en une conclusion qu’aucune période de fermeture ne peut être imposée dans le cadre de la réglementation par le gouvernement du «droit [limité] de pêcher» à des fins commerciales des Mi’kmaq. La «période de fermeture» est clairement un outil de gestion dont dispose potentiellement le gouvernement, mais son application aux droits issus de traités devra être justifiée pour des raisons de conservation ou pour d’autres motifs. En l’absence de cette justification, l’accusé qui établit l’existence d’un droit issu de traité est ordinairement autorisé à l’exercer. Comme tend à l’indiquer la preuve d’expert déposée dans le cadre de la présente requête par l’Union of New Brunswick Indians, il est possible que, dans le cas de la pêche à l’anguille, l’établissement d’une période de fermeture soulève des questions très différentes — en matière de conser-

Evidence supporting closure of the wild salmon fishery is not necessarily transferable to justify closure of an eel fishery.

vation et à d'autres égards — que dans le cas d'autres espèces marines tels le saumon, la morue, le crabe ou le homard, ou encore dans le cas de l'original ou d'autres espèces sauvages. Comme les difficultés que pose la gestion des ressources fauniques et halieutiques ainsi que les techniques utilisées à cette fin varient d'une espèce à l'autre, les restrictions devront être justifiées au cas par cas. La preuve étayant la fermeture de la pêche au saumon n'est pas nécessairement applicable pour justifier la fermeture de la pêche à l'anguille.

22

Resource conservation and management and allocation of the permissible catch inevitably raise matters of considerable complexity both for Mi'kmaq peoples who seek to work for a living under the protection of the treaty right, and for governments who seek to justify the regulation of that treaty right. The factual context, as this case shows, is of great importance, and the merits of the government's justification may vary from resource to resource, species to species, community to community and time to time. As this and other courts have pointed out on many occasions, the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation of a modern agreement for participation in specified resources by the Mi'kmaq rather than by litigation. La Forest J. emphasized in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (a case cited in the September 17, 1999 majority decision), at para. 207:

La gestion et la conservation des ressources ainsi que la répartition des prises autorisées soulèvent inévitablement des questions d'une complexité considérable tant pour les Mi'kmaq qui veulent gagner leur vie en se prévalant de la protection du droit issu du traité, que pour les gouvernements qui veulent justifier la réglementation de ce droit. Comme l'illustre la présente affaire, le contexte factuel revêt une grande importance, et la valeur de la justification du gouvernement peut varier selon la ressource, l'espèce, la communauté et l'époque. Comme notre Cour et d'autres tribunaux l'ont à maintes occasions signalé, il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation d'un accord moderne de participation des Mi'kmaq à l'exploitation de ressources précises plutôt que par le recours aux tribunaux. Le juge La Forest a souligné ce point dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (arrêt cité dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), au par. 207:

On a final note, I wish to emphasize that the best approach in these types of cases is a process of negotiation and reconciliation that properly considers the complex and competing interests at stake.

Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu.

23

The various governmental, aboriginal and other interests are not, of course, obliged to reach an agreement. In the absence of a mutually satisfactory solution, the courts will resolve the points of conflict as they arise case by case. The decision in this particular prosecution is authority only for the matters adjudicated upon. The acquittal ought not to be set aside to allow the Coalition to address new issues that were neither raised by the parties

Les divers intéressés — gouvernementaux, autochtones et autres — ne sont évidemment pas obligés d'en arriver à une entente. En l'absence de solution satisfaisante pour toutes les parties, les tribunaux résoudront les points litigieux au fur et à mesure qu'ils leur seront soumis. La décision rendue à l'égard des présentes poursuites ne fait autorité qu'à l'égard des questions sur lesquelles il a été statué dans celle-ci. L'acquiescement ne devrait

nor determined by the Court in the September 17, 1999 majority judgment.

3. *Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of licensing requirements*

The government's power to regulate the treaty right is repeatedly affirmed in the September 17, 1999 majority judgment. In addition to the reference at para. 4 of the majority decision, already mentioned, that the treaty right "was always subject to regulation", the majority judgment further stated, at para. 7:

In my view, the treaty rights are limited to securing "necessaries" (which I construe in the modern context, as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. The rights thus construed, however, are, in my opinion, treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are subject to regulations that can be justified under the *Badger* test. . . . [Emphasis added.]

At para. 38, the majority judgment noted that:

Dr. Patterson went on to emphasize that the understanding of the Mi'kmaq would have been that these treaty rights were subject to regulation, which I accept.

At para. 58, the limited nature of the right was reiterated:

What is contemplated therefore is not a right to trade generally for economic gain, but rather a right to trade for necessities. The treaty right is a regulated right and can be contained by regulation within its proper limits. [Emphasis added.]

At para. 64, the majority judgment again referred to regulation permitted by the *Badger* test. The Court was thus most explicit in confirming the regulatory authority of the federal and provincial gov-

pas être écarté afin de permettre à la Coalition d'aborder de nouvelles questions qui n'ont pas été soulevées par les parties ni tranchées par la Cour dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

3. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appelant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des conditions en matière d'obtention de permis?*

Le pouvoir du gouvernement de réglementer l'exercice du droit issu du traité est à maintes reprises confirmé dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999. Outre la mention au par. 4 de la décision de la majorité, citée plus tôt, que le droit issu du traité «a toujours été assujéti à la réglementation», on peut également lire ceci, au par. 7 du jugement de la majorité:

J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les «biens nécessaires» (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujéttis aux règlements dont la justification peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. . . . [Nous soulignons.]

L'observation suivante a été faite au par. 38 du jugement de la majorité:

Le D<sup>r</sup> Patterson a ensuite souligné que les Mi'kmaq comprenaient que ces droits issus du traité étaient réglementés, ce à quoi je souscris.

Au paragraphe 58, le caractère limité du droit a été réaffirmé:

Par conséquent, ce qui est envisagé ce n'est pas un droit de commercer de façon générale pour réaliser des gains financiers, mais plutôt un droit de commercer pour pouvoir se procurer des biens nécessaires. Le droit issu du traité est un droit réglementé qui peut, par règlement, être circonscrit à ses limites appropriées. [Nous soulignons.]

Au paragraphe 64 du jugement de la majorité, il a une fois de plus été fait état de la réglementation permise par le critère établi dans l'arrêt *Badger*. La Cour a donc confirmé de façon très explicite le

ernments within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives, discussed below.

25 With all due respect to the Coalition, the government's general regulatory power is clearly affirmed. It is difficult to believe that further repetition of this fundamental point after a rehearing would add anything of significance to what is already stated in the September 17, 1999 majority judgment.

26 As for the specific matter of licences, the conclusion of the majority judgment was *not* that licensing schemes as such are invalid, but that the imposition of a licensing restriction on the appellant's exercise of the treaty right had not been justified for conservation or other public purposes. The Court majority stated at para. 64:

... under the applicable regulatory regime, the appellant's exercise of his treaty right to fish and trade for sustenance was exercisable only at the absolute discretion of the Minister. Mi'kmaq treaty rights were not accommodated in the Regulations because, presumably, the Crown's position was, and continues to be, that no such treaty rights existed. In the circumstances, the purported regulatory prohibitions... are inoperative against the appellant unless justified under the *Badger* test. [Emphasis added.]

27 Although no evidence or argument was put forward to justify the licensing requirement in this case, a majority of the Court nevertheless referred at para. 64 of its September 17, 1999 decision to *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J., for the Court, dealt with a licensing issue as follows, at paras. 91 and 92:

With respect to licensing, the appellant [aboriginal accused] takes the position that once his rights have

pouvoir des gouvernements fédéral et provinciaux de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, point qui est examiné plus loin.

En toute déférence pour la Coalition, le pouvoir général de réglementation du gouvernement est clairement confirmé. Il est difficile d'imaginer que le fait de réitérer ce point fondamental après une nouvelle audience ajouterait quoi que ce soit de pertinent à ce qui a déjà été dit dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

Pour ce qui est de la question particulière des permis, la conclusion de l'opinion majoritaire n'était *pas* que les régimes de délivrance de permis sont en soi invalides, mais plutôt que l'obligation faite à l'appelant de se procurer un permis afin de pouvoir exercer le droit issu du traité n'avait pas été justifiée pour des raisons de conservation ou pour d'autres motifs d'intérêt public. La Cour, à la majorité, a déclaré ceci, au par. 64:

... dans le cadre du régime de réglementation applicable, l'appelant ne pouvait exercer son droit issu de traité de pêcher et de commercer à des fins de subsistance qu'à l'entière discrétion du ministre. Les règlements ne tiennent pas compte des droits issus de traités des Mi'kmaq parce que, peut-on présumer, la position de la Couronne a été et continue d'être que de tels droits n'existent pas. Par conséquent, les prohibitions censément établies par les règlements [...] sont inopérantes à son égard sauf si elles sont justifiées suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger*. [Nous soulignons.]

Bien qu'aucun élément de preuve ni argument n'aient été présentés pour justifier l'obligation d'être titulaire d'un permis en l'espèce, au par. 64 de sa décision du 17 septembre 1999, la majorité s'est néanmoins référée à l'arrêt *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, dans lequel le juge Cory, s'exprimant pour la Cour, a dit ceci à propos de la question des permis, aux par. 91 et 92:

En ce qui concerne le régime de délivrance de permis, l'appelant prétend que, une fois que l'existence de ses

been established, anything which affects or interferes with the exercise of those rights, no matter how insignificant, constitutes a *prima facie* infringement. It is said that a licence by its very existence is an infringement of the aboriginal right since it infers that government permission is needed to exercise the right and that the appellant is not free to follow his own or his band's discretion in exercising that right.

This position cannot be correct. It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group are necessarily limited by the rights of another. The ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is perhaps the prime example of this principle. Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society.

The justification for a licensing requirement depends on facts. The Crown in this case declined to offer evidence or argument to support the imposition of a licensing requirement in relation to the small-scale commercial eel fishery in which the appellant participated.

4. *Whether the government of Canada has power to regulate the exercise by Mi'kmaq persons, including the Appellant, of their treaty right to fish through the imposition of closed seasons*

The regulatory device of a closed season is at least in part directed at conservation of the resource. Conservation has always been recognized to be a justification of paramount importance to limit the exercise of treaty and aboriginal rights in the decisions of this Court cited in the majority decision of September 17, 1999, including *Sparrow*, *supra*, and *Badger*, *supra*. As acknowledged by the Native Council of Nova Scotia in opposition to the Coalition's motion, "[c]onservation is clearly a first priority and the Aboriginal peoples

droits a été établie, tout ce qui en entrave ou en gêne l'exercice, ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte. On affirme que l'existence même du permis porte atteinte au droit ancestral en ce qu'elle implique que la permission du gouvernement est nécessaire pour exercer ce droit, et que l'appellant n'est pas libre de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la bande ou au sien pour l'exercer.

Cette thèse ne peut être fondée. Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. La capacité d'exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* est peut-être la meilleure illustration de ce principe. La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société.

La justification d'une obligation de se procurer un permis dépend des faits. En l'espèce, le ministre public a refusé de présenter des éléments de preuve ou des arguments pour justifier l'application d'une telle obligation aux activités commerciales de pêche à l'anguille sur une petite échelle auxquelles s'est livré l'appellant.

4. *Le gouvernement du Canada a-t-il le pouvoir de réglementer l'exercice par les Mi'kmaq — y compris l'appellant — de leur droit de pêche issu du traité en imposant des périodes de fermeture?*

L'établissement de périodes de fermeture est un moyen de réglementation qui vise en partie à la conservation de la ressource touchée. Dans les arrêts de notre Cour auxquelles se réfère la décision majoritaire du 17 septembre 1999, notamment *Sparrow*, précité, et *Badger*, précité, on a constamment reconnu l'importance prépondérante de la conservation en tant que justification de limites imposées à l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. Comme l'a reconnu le Native Council of Nova Scotia dans son opposition à la requête de la

28

29

accept this”. Conservation, where necessary, may require the complete shutdown of a hunt or a fishery for aboriginal and non-aboriginal alike.

Coalition, [TRADUCTION] «[l]a conservation vient clairement en tête de liste des priorités, et les peuples autochtones acceptent ce fait». Lorsque cela s’avère nécessaire, la conservation d’une ressource peut commander la fermeture complète de la chasse ou de la pêche de cette ressource, tant par les Autochtones que par les non-autochtones.

30 In this case, the prosecution of the appellant was directed to a “closed season” in the eel fishery which the Crown did not try to justify, and that is the precise context in which the majority decision of September 17, 1999 is to be understood. No useful purpose would be served for those like the Coalition who are interested in justifying a closed season in the lobster fishery if a rehearing or a new trial were ordered in this case, which related only to the closed season in the eel fishery.

Dans le présent cas, l’appelant était poursuivi pour faire respecter une «période de fermeture» de la pêche à l’anguille, mesure que le ministère public n’a pas tenté de justifier, et c’est dans ce contexte précis que l’opinion majoritaire du 17 septembre 1999 doit être comprise. Le fait d’ordonner la tenue d’une nouvelle audience ou d’un nouveau procès dans la présente affaire, qui concernait uniquement la période de fermeture de la pêche à l’anguille, ne serait d’aucune utilité pour ceux qui, à l’instar de la Coalition, souhaitent justifier une période de fermeture de la pêche au homard.

5. *In any event, what is the scope of regulatory power possessed by the government of Canada for purposes of regulating the treaty right?*

5. *Indépendamment de ce qui précède, quelle est l’étendue du pouvoir du gouvernement du Canada de régler le droit issu du traité?*

31 On the face of it, this question is not raised by the subject matter of the appeal, nor is it capable of being answered on the factual record. As framed, it is so broad as to be incapable of a detailed response. In effect, the Coalition seeks to transform a prosecution on specific facts into a general reference seeking an advisory opinion of the Court on a broad range of regulatory issues related to the east coast fisheries. As was explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, the Court’s jurisdiction to give advisory opinions is exceptional and can be invoked only by the Governor in Council under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. In this instance, the Governor in Council has not sought an advisory opinion from the Court and the Attorney General of Canada opposes the Coalition’s attempt to initiate what she calls a “private reference”.

Il ressort de la simple lecture du texte de cette question qu’elle n’est pas soulevée par l’objet du pourvoi, et qu’il est impossible d’y répondre à partir du dossier factuel. Telle qu’elle est formulée, elle est si générale qu’il est impossible d’y répondre de façon détaillée. Dans les faits, la Coalition veut transformer une poursuite fondée sur des faits précis en un renvoi général demandant à la Cour de donner un avis consultatif sur un large éventail de questions de réglementation touchant les pêches sur la côte Est. Comme il a été expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, le pouvoir de la Cour de donner des avis consultatifs a un caractère exceptionnel et ne peut être invoqué que par le gouverneur en conseil en vertu de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-26. En l’occurrence, le gouverneur en conseil n’a pas demandé d’avis consultatif à la Cour et la procureure générale du Canada s’oppose à la tentative de la Coalition de soumettre ce qu’elle appelle un «renvoi privé».

Mention has already been made of “the *Badger* test” by which governments may justify restrictions on the exercise of treaty rights. The Court in *Badger* extended to treaties the justificatory standard developed for aboriginal rights in *Sparrow*, *supra*. Cory J. set out the test, in *Badger*, *supra*, at para. 97 as follows:

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. . . .

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. . . .

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 justifi-

Il a déjà été fait mention du «critère établi dans *Badger*», qui permet aux gouvernements de justifier les restrictions auxquelles ils assujettissent l'exercice de droits issus de traités. Dans *Badger*, notre Cour a étendu aux traités l'application du critère de justification qui avait été élaboré dans *Sparrow*, précité, à l'égard des droits ancestraux. Voici comment le juge Cory a énoncé ce critère dans *Badger*, précité, au par. 97:

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 ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. . . .

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 rappports 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. . . .

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

fication. 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 in original.]

l'appréciation 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. [Souligné dans l'original.]

33

The majority judgment of September 17, 1999 did not put in doubt the validity of the *Fisheries Act* or any of its provisions. What it said, in para. 66, was that, "the close season and the imposition of a discretionary licensing system would, if enforced, interfere with the appellant's treaty right to fish for trading purposes, and the ban on sales would, if enforced, infringe his right to trade for sustenance. In the absence of any justification of the regulatory prohibitions, the appellant is entitled to an acquittal" (emphasis added). Section 43 of the Act sets out the basis of a very broad regulatory authority over the fisheries which may extend to the native fishery where justification is shown:

L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 n'a pas mis en doute la validité de la *Loi sur les pêches* ou l'une ou l'autre de ses dispositions. Ce que dit l'opinion majoritaire, au par. 66, c'est que, «si la période de fermeture et le régime discrétionnaire de délivrance de permis étaient appliqués, ils porteraient atteinte au droit de pêcher à des fins commerciales conféré par le traité à l'appelant, et l'interdiction de vendre le produit de sa pêche porterait atteinte à son droit de commercer à des fins de subsistance. En l'absence de justification des prohibitions réglementaires, l'appelant a droit à l'acquiescement» (nous soulignons). L'article 43 de la Loi jette les bases d'un très vaste pouvoir de réglementation à l'égard des pêches, qui peut s'étendre aux activités de pêche des Autochtones, lorsqu'on justifie une telle mesure. Voici le texte de l'art. 43:

## REGULATIONS

**43.** The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

- (a) for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries;
- (b) respecting the conservation and protection of fish;
- (c) respecting the catching, loading, landing, handling, transporting, possession and disposal of fish;
- (d) respecting the operation of fishing vessels;
- (e) respecting the use of fishing gear and equipment;
  - (e.1) respecting the marking, identification and tracking of fishing vessels;
  - (e.2) respecting the designation of persons as observers, their duties and their carriage on board fishing vessels;
- (f) respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases;

## RÈGLEMENTS

**43.** Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment:

- a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;
- b) concernant la conservation et la protection du poisson;
- c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;
- d) concernant l'exploitation des bateaux de pêche;
- e) concernant l'utilisation des engins et équipements de pêche;
  - e.1) concernant le marquage, l'identification et l'observation des bateaux de pêche;
  - e.2) concernant la désignation des observateurs, leurs fonctions et leur présence à bord des bateaux de pêche;
- f) concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux;



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

(g.1) respecting any records, books of account or other documents to be kept under this Act and the manner and form in which and the period for which they shall be kept;

(g.2) respecting the manner in which records, books of account or other documents shall be produced and information shall be provided under this Act;

(h) respecting the obstruction and pollution of any waters frequented by fish;

(i) respecting the conservation and protection of spawning grounds;

(j) respecting the export of fish or any part thereof from Canada;

(k) respecting the taking or carrying of fish or any part thereof from one province to any other province;

(l) prescribing the powers and duties of persons engaged or employed in the administration or enforcement of this Act and providing for the carrying out of those powers and duties; and

(m) where a close time, fishing quota or limit on the size or weight of fish has been fixed in respect of an area under the regulations, authorizing persons referred to in paragraph (l) to vary the close time, fishing quota or limit in respect of that area or any portion of that area. [Emphasis added.]

(Pursuant to this regulatory power, the Governor in Council had, in fact, adopted the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, discussed below.) Although s. 7(1) of the *Fisheries Act* purports to grant the Minister an “absolute discretion” to issue or not to issue leases and licences, this discretion must be read together with the authority of the Governor in Council under s. 43(f) to make regulations “respecting the issue, suspension and cancellation of licences and leases”. Specific criteria must be established for the exercise by the Minister of his or her discretion to grant or refuse licences in a manner that recognizes and accommodates the existence of an aboriginal or treaty right. In *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, also cited in the September 17, 1999 majority

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

g.1) concernant les registres, documents comptables et autres documents dont la tenue est prévue par la présente loi ainsi que la façon de les tenir, leur forme et la période pendant laquelle ils doivent être conservés;

g.2) concernant la façon dont les registres, documents comptables et autres documents doivent être présentés et les renseignements fournis sous le régime de la présente loi;

h) concernant l’obstruction et la pollution des eaux où vivent des poissons;

i) concernant la conservation et la protection des frayères;

j) concernant l’exportation de poisson;

k) concernant la prise ou le transport interprovincial de poisson;

l) prescrivant les pouvoirs et fonctions des personnes chargées de l’application de la présente loi, ainsi que l’exercice de ces pouvoirs et fonctions;

m) habilitant les personnes visées à l’alinéa l) à modifier les périodes de fermeture, les contingents ou les limites de taille ou de poids du poisson fixés par règlement pour une zone ou à les modifier pour un secteur de zone. [Nous soulignons.]

(De fait, le gouverneur en conseil a pris, en vertu de ce pouvoir de réglementation, le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, dont il est question plus loin.) Quoique le par. 7(1) de la *Loi sur les pêches* permette censément au ministre d’octroyer ou de refuser «à discrétion» des baux, permis et licences, ce pouvoir discrétionnaire doit être considéré en corrélation avec le pouvoir qu’a le gouverneur en conseil, aux termes de l’al. 43f), de prendre des règlements «concernant la délivrance, la suspension et la révocation des licences, permis et baux». Doivent être établis des critères précis permettant au ministre d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’octroyer ou de refuser des permis d’une manière qui reconnaisse l’existence d’un droit ancestral ou issu de traité et comporte les adaptations nécessaires à son exercice. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101,

judgment, the Chief Justice stated as follows at para. 54:

In light of the Crown's unique fiduciary obligations towards aboriginal peoples, Parliament may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance. If a statute confers an administrative discretion which may carry significant consequences for the exercise of an aboriginal right, the statute or its delegate regulations must outline specific criteria for the granting or refusal of that discretion which seek to accommodate the existence of aboriginal rights. In the absence of such specific guidance, the statute will fail to provide representatives of the Crown with sufficient directives to fulfil their fiduciary duties, and the statute will be found to represent an infringement of aboriginal rights under the *Sparrow* test. [Emphasis added.]

While *Adams* dealt with an aboriginal right, the same principle applies to treaty rights.

arrêt cité également dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, le Juge en chef a dit ce qui suit, au par. 54:

Compte tenu des obligations uniques de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, le Parlement ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas. Si une loi confère un pouvoir discrétionnaire administratif susceptible d'entraîner d'importantes conséquences pour l'exercice d'un droit ancestral, cette loi ou son règlement d'application doit énoncer des critères précis, balisant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de refuser les demandes et tenant compte de l'existence des droits ancestraux. En l'absence de telles indications précises, la loi ne donne pas aux représentants de l'État des directives suffisantes pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de fiduciaire, et, suivant le critère établi dans *Sparrow*, on jugera que la loi porte atteinte aux droits ancestraux. [Nous soulignons.]

Même si l'arrêt *Adams* portait sur un droit ancestral, le même principe s'applique aux droits issus de traités.

34

The *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332, referred to in the September 17, 1999 majority judgment, deal with the food fishery. These regulations provide specific authority to impose conditions where justified respecting the species and quantities of fish that are permitted to be taken or transported; the locations and times at which landing of fish is permitted; the method to be used for the landing of fish and the methods by which the quantity of the fish is to be determined; the information that a designated person or the master of a designated vessel is to report to the Minister or a person specified by the licence holder, prior to commencement of fishing; the locations and times of inspections of the contents of the hold and the procedure to be used in conducting those inspections; the maximum number of persons or vessels that may be designated to carry on fishing and related activities; the maximum number of designated persons who may fish at any one time; the type, size and quantity of fishing gear that may be used by a designated person; and the disposition of fish caught under the

*Le Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, qui est mentionné dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, porte sur la pêche pratiquée à des fins alimentaires. Ce règlement confère expressément le pouvoir d'imposer, lorsque les circonstances le justifient, des conditions concernant les espèces et quantités de poissons qui peuvent être prises ou transportées; les endroits et les moments où le poisson peut être débarqué ou amené à terre; la méthode à utiliser pour débarquer le poisson et les méthodes pour en déterminer la quantité; les renseignements que la personne désignée ou le capitaine du bateau désigné doit, avant le début de la pêche, transmettre au ministre ou à la personne indiquée par le titulaire du permis; les endroits et les moments des inspections du contenu de la cale et la procédure à suivre lors de celles-ci; le nombre maximal de personnes ou de bateaux qui peuvent être désignés pour pratiquer la pêche et toute activité connexe; le nombre maximal de personnes désignées qui peuvent pêcher en même temps; le type, la grosseur et la quantité des engins de pêche

authority of the licence. The Governor in Council has the power to amend the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations* to accommodate a limited commercial fishery as described in the September 17, 1999 majority judgment in addition to the food fishery.

Despite the limitations on the Court's ability in a prosecution to address broader issues not at issue between the Crown and the defence, the majority judgment of September 17, 1999 nevertheless referred to the Court's principal pronouncements on the various grounds on which the exercise of treaty rights may be regulated. These include the following grounds:

(a) *The treaty right itself is a limited right.* The September 17, 1999 majority judgment referred to the "narrow ambit and extent of the treaty right" (para. 57). In its written argument, the Coalition says that the only regulatory method specified in that judgment was a limit on the quantities of fish required to satisfy the Mi'kmaq need for necessities. This is not so. What the majority judgment said is that the Mi'kmaq treaty right does not extend *beyond* the quantities required to satisfy the need for necessities. The Court stated at para. 61 of the September 17, 1999 majority judgment:

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

In other words, regulations that do no more than reasonably define the Mi'kmaq treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the Mi'kmaq community that holds the treaty rights do not impair the exercise of

que toute personne désignée peut utiliser; l'aliénation du poisson pris en vertu du permis. Le gouverneur en conseil a le pouvoir de modifier le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones* pour tenir compte de l'exercice des activités limitées de pêche commerciale décrites dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, en plus de la pêche pratiquée à des fins alimentaires.

Malgré le fait que le pouvoir de la Cour d'examiner, dans le cadre de poursuites, des questions générales qui ne sont pas en litige entre le ministère public et la défense, l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 fait néanmoins état des principaux énoncés de la Cour sur les divers motifs justifiant la réglementation de l'exercice de droits issus de traités. Voici certains de ces motifs.

a) *Le droit issu du traité est un droit limité.* Dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on a fait état de la «portée étroite du droit issu du traité» (par. 57). Dans son argumentation écrite, la Coalition prétend que la seule méthode de réglementation précisée dans ce jugement était la restriction des quantités de poisson requises pour satisfaire les besoins des Mi'kmaq en choses nécessaires. Ce n'est pas le cas. Ce que dit l'opinion majoritaire, c'est que le droit issu de traité des Mi'kmaq n'accorde pas *davantage* que les quantités requises pour satisfaire les besoins en choses nécessaires. La Cour a dit ce qui suit au par. 61 du jugement de la majorité daté du 17 septembre 1999:

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

En d'autres mots, un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité des Mi'kmaq d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté

35

36

37

the treaty right and therefore do not have to meet the *Badger* standard of justification.

38

Other limitations apparent in the September 17, 1999 majority judgment include the local nature of the treaties, the communal nature of a treaty right, and the fact it was only hunting and fishing resources to which access was affirmed, together with traditionally gathered things like wild fruit and berries. With regard to the Coalition's concern about the fishing rights of its members, para. 38 of the September 17, 1999 majority judgment noted the trial judge's finding that the Mi'kmaq had been fishing to trade with non-natives for over 200 years prior to the 1760-61 treaties. The 1760-61 treaty rights were thus from their inception enjoyed alongside the commercial and recreational fishery of non-natives. Paragraph 42 of the September 17, 1999 majority judgment recognized that, unlike the scarce fisheries resources of today, the view in 1760 was that the fisheries were of "limitless proportions". On this point, it was noted in para. 53 of the September 17, 1999 majority judgment:

It was established in *Simon* [*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387], at p. 402, that treaty provisions should be interpreted "in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal" practice, and *Sundown* [*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393], at para. 32, confirms that courts should not use a "frozen-in-time" approach to treaty rights.

The Mi'kmaq treaty right to participate in the largely unregulated commercial fishery of 1760 has evolved into a treaty right to participate in the largely regulated commercial fishery of the 1990s. The notion of equitable sharing seems to be endorsed by the Coalition, which refers in its written argument on the motion to "the equal importance of the fishing industry to both Mi'kmaq and non-Mi'kmaq persons". In its Reply, the Coalition says that it is engaged in discussions "with repre-

mi'kmaq titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit et n'a donc pas à satisfaire au critère de justification établi dans *Badger*.

Parmi les autres limites qui ressortent clairement de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, mentionnons la nature locale des traités, la nature communale du droit issu du traité et le fait que ce n'est qu'aux ressources halieutiques et fauniques ainsi qu'aux choses traditionnellement visées par les activités de cueillette telles que les baies et autres fruits sauvages qu'on a confirmé l'accès. Pour ce qui est des inquiétudes de la Coalition à propos des droits de pêche de ses membres, on souligne, au par. 38 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, la conclusion du juge du procès que, pendant plus de 200 ans avant les traités de 1760 et 1761, les Mi'kmaq avaient pratiqué la pêche afin de pouvoir commercer avec des non-autochtones. Dès le départ, les droits issus des traités de 1760 et 1761 ont donc coexisté avec les activités de pêche commerciale et sportive des non-autochtones. Au paragraphe 42 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, on reconnaît que, contrairement aux ressources halieutiques plus limitées d'aujourd'hui, le poisson était perçu comme une ressource «inépuisable» en 1760. Sur ce point, l'observation suivante est faite, au par. 53 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999:

Dans *Simon* [*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387], à la p. 402, il a été établi que les clauses des traités doivent être interprétées «d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales», et dans *Sundown* [*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393], au par. 32, on a confirmé que les tribunaux ne doivent pas employer une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits issus de traités.

Le droit issu de traité qui permettait aux Mi'kmaq de participer en 1760 à une pêche commerciale largement non réglementée a évolué pour devenir un droit issu de traité leur permettant de participer à la pêche commerciale largement réglementée des années 1990. La notion de partage équitable semble avoir l'aval de la Coalition, qui souligne, dans son argumentation écrite dans la présente requête, [TRADUCTION] «l'importance égale que revêt l'industrie de la pêche et pour les Mi'kmaq et

sentatives of the Acadia and Bear River Bands in southwestern Nova Scotia and takes pride that those discussions have been productive and that there is reason to hope that they will lead to harmonious and mutually beneficial participation in the commercial lobster fishery by members of those Bands". Equally, the Mi'kmaq treaty right to hunt and trade in game is not now, any more than it was in 1760, a *commercial* hunt that must be satisfied before non-natives have access to the same resources for recreational or commercial purposes. The emphasis in 1999, as it was in 1760, is on assuring the Mi'kmaq equitable access to identified resources for the purpose of earning a moderate living. In this respect, a treaty right differs from an aboriginal right which in its origin, by definition, was *exclusively* exercised by aboriginal people prior to contact with Europeans.

Only those regulatory limits that take the Mi'kmaq catch *below* the quantities reasonably expected to produce a moderate livelihood or other limitations that are not inherent in the limited nature of the treaty right itself have to be justified according to the *Badger* test.

(b) *The paramount regulatory objective is the conservation of the resource. This responsibility is placed squarely on the Minister and not on the aboriginal or non-aboriginal users of the resource.* The September 17, 1999 majority decision referred to *Sparrow, supra*, which affirmed the government's paramount authority to act in the interests of conservation. This principle was repeated in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *Nikal, supra*, *Adams, supra*, *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, and

pour les non-Mi'kmaq». Dans sa réplique, la Coalition affirme qu'elle a amorcé des discussions [TRADUCTION] «avec des représentants de la bande Acadia et de la bande de Bear River dans le Sud-Ouest de la Nouvelle-Écosse, qu'elle est fière du fait que ces discussions ont été productives et qu'il y a des raisons d'espérer qu'elles vont conduire à une participation harmonieuse et mutuellement avantageuse à la pêche commerciale du homard par les membres de ces bandes». De même, le droit qui est accordé par le traité aux Mi'kmaq de chasser des espèces sauvages et d'en faire le commerce n'est pas aujourd'hui, pas plus d'ailleurs qu'il ne l'était en 1760, un droit de chasser à *des fins commerciales* qui doit être satisfait avant que les non-autochtones puissent avoir accès aux mêmes ressources à des fins sportives ou commerciales. En 1999, tout comme en 1760, l'important est d'assurer aux Mi'kmaq un accès équitable aux ressources mentionnées afin qu'ils puissent en tirer une subsistance convenable. À cet égard, les droits issus de traités diffèrent des droits ancestraux en ce que, par définition, les seconds étaient exercés *exclusivement* par les Autochtones avant le contact avec les Européens.

Seules les limites réglementaires qui fixeraient les prises des Mi'kmaq *en deçà* des quantités dont il serait raisonnable de s'attendre qu'elles permettent de s'assurer une subsistance convenable ou les autres restrictions qui ne découlent pas intrinsèquement de la nature limitée du droit issu de traité lui-même doivent être justifiées selon le critère établi dans *Badger*.

b) *L'objectif prépondérant de la réglementation est la conservation de la ressource. Cette responsabilité incombe carrément au ministre et non aux personnes autochtones et non autochtones qui exploitent la ressource.* L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 a fait état de l'arrêt *Sparrow*, précité, qui a confirmé le pouvoir prépondérant du gouvernement d'agir aux fins de conservation des ressources. Ce principe a été réitéré dans les arrêts *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *Nikal*, précité, *Adams*, précité, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, et *Delgamuukw*, précité, qui sont tous

39

40

*Delgamuukw, supra*, all of which were referred to in the September 17, 1999 majority judgment.

41

(c) *The Minister's authority extends to other compelling and substantial public objectives which may include economic and regional fairness, and recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups.* The Minister's regulatory authority is not limited to conservation. This was recognized in the submission of the appellant Marshall in opposition to the Coalition's motion. He acknowledges that "it is clear that limits may be imposed to conserve the species/stock being exploited and to protect public safety". Counsel for the appellant Marshall goes on to say: "Likewise, Aboriginal harvesting preferences, together with non-Aboriginal regional/community dependencies, may be taken into account in devising regulatory schemes" (emphasis added). In *Sparrow, supra*, at p. 1119, the Court said "We would not wish to set out an exhaustive list of the factors to be considered in the assessment of justification." It is for the Crown to propose what controls are justified for the management of the resource, and why they are justified. In *Gladstone, supra* (cited at para. 57 of the September 17, 1999 majority judgment), the Chief Justice commented on the differences between a native *food* fishery and a native *commercial* fishery, and stated at para. 75 as follows:

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies

mentionnés dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999.

c) *Le pouvoir du ministre s'étend à d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux, par exemple, la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur les ressources halieutiques et participent à leur exploitation.* Le pouvoir de réglementation du ministre ne se limite pas à la conservation. Ce fait est reconnu par l'appellant Marshall dans les observations qu'il a présentées en opposition à la requête de la Coalition. Ce dernier reconnaît [TRADUCTION] «qu'il est clair que des restrictions peuvent être imposées pour conserver les espèces ou les stocks exploités et pour assurer la sécurité du public». L'avocat de Marshall poursuit en disant ceci: [TRADUCTION] «De même, les préférences des Autochtones en matière de récolte des ressources, ainsi que la dépendance d'une communauté ou d'une région non autochtone vis-à-vis d'une ressource donnée peuvent être prises en compte dans l'élaboration des régimes de réglementation» (nous soulignons). Dans *Sparrow*, précité, à la p. 1119, notre Cour a dit ceci: «Nous ne nous proposons pas de présenter une énumération exhaustive des facteurs à considérer dans l'appréciation de la justification.» Il appartient à l'État d'indiquer quels sont les mécanismes de contrôle ou de surveillance justifiés aux fins de gestion de la ressource, et de préciser pourquoi ils sont justifiés. Dans l'arrêt *Gladstone*, précité (et mentionné au par. 57 de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999), le Juge en chef a fait des observations sur les différences qui existent entre la pêche *de subsistance* autochtone et la pêche *commerciale* autochtone, et il a dit ceci, au par. 75:

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées

with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Emphasis in original.]

This observation applies with particular force to a treaty right. The aboriginal right at issue in *Gladstone*, *supra*, was by definition exercised exclusively by aboriginal people prior to contact with Europeans. As stated, no such exclusivity ever attached to the treaty right at issue in this case. Although we note the acknowledgement of the appellant Marshall that “non-Aboriginal regional/community dependencies . . . may be taken into account in devising regulatory schemes”, and the statements in *Gladstone*, *supra*, which support this view, the Court again emphasizes that the specifics of any particular regulatory regime were not and are not before us for decision.

In the case of any treaty right which may be exercised on a commercial scale, the natives constitute only one group of participants, and regard for the interest of the non-natives, as stated in *Gladstone*, *supra*, may be shown in the right circumstances to be entirely legitimate. Proportionality is an important factor. In asking for a rehearing, the Coalition stated that it is the lobster fishery “in which the Applicant’s members are principally engaged and in which, since release of the Reasons for Judgment, controversy as to exercise of the treaty right has most seriously arisen”. In response, the affidavit evidence of Dr. Gerard Hare, a fisheries biologist of some 30 years’ experience, was filed. The correctness of Dr. Hare’s evidence was not contested in reply by the Coalition. Dr. Hare estimated that the non-native lobster fishery in Atlantic Canada, excluding Newfoundland, sets about 1,885,000 traps in inshore waters each year and “[t]o put the situation in perspective, the recent Aboriginal commercial fisheries appear to be minuscule in comparison”. It would be significant if it were established that the combined aboriginal

de tels objectifs sont dans l’intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Italiques et soulignement dans l’original.]

Cette observation s’applique avec une pertinence particulière dans les cas des droits issus de traités. Le droit ancestral en litige dans *Gladstone*, précité, était par définition exercé exclusivement par les Autochtones avant le contact avec les Européens. Comme il a été indiqué précédemment, aucune exclusivité de cette nature n’a jamais caractérisé le droit issu de traité en cause dans la présente affaire. Bien que nous prenions note de la reconnaissance par l’appelant Marshall du fait que [TRANSDUCTION] «la dépendance d’une communauté ou d’une région non autochtone vis-à-vis d’une ressource donnée p[uisse] être pris[e] en compte dans l’élaboration des régimes de réglementation», ainsi que les énoncés dans l’arrêt *Gladstone*, précité, qui étayaient cette opinion, la Cour tient à nouveau à souligner qu’elle n’était pas et qu’elle n’est pas saisie de la question du bien-fondé du détail d’un régime de réglementation donné.

Dans le cas d’un droit issu de traité qui peut être exercé sur une échelle commerciale, les Autochtones ne sont qu’un des groupes participants, et, comme il a été dit dans *Gladstone*, précité, la prise en compte des intérêts des non-autochtones peut, lorsque les circonstances le justifient, constituer un objectif tout à fait légitime. La proportionnalité est un facteur important. Dans sa demande de nouvelle audience, la Coalition a déclaré que la pêche au homard est la pêche [TRANSDUCTION] «à laquelle [ses] membres s’adonnent principalement et qui a suscité la controverse la plus sérieuse en ce qui a trait à l’exercice du droit issu du traité, depuis le dépôt des motifs du jugement». En réponse, on a déposé en preuve le témoignage par affidavit du D<sup>r</sup> Gerard Hare, biologiste des pêches possédant une trentaine d’années d’expérience. L’exactitude du témoignage du D<sup>r</sup> Hare n’a pas été contestée en réplique par la Coalition. Le D<sup>r</sup> Hare a estimé à environ 1 885 000 le nombre de casiers à homard déposés chaque année dans les eaux côtières par les pêcheurs non autochtones des provinces de l’Atlantique, à l’exclusion de Terre-Neuve, et que,

food and limited commercial fishery constitute only a “minuscule” percentage of the non-aboriginal commercial catch of a particular species, such as lobster, bearing in mind, however, that a fishery that is “minuscule” on a provincial or regional basis could nevertheless raise conservation issues on a local level if it were concentrated in vulnerable fishing grounds.

[TRADUCTION] «[p]our mettre les choses en perspective, les récentes activités de pêche commerciale des Autochtones apparaissent comme infimes en comparaison». Constituerait un élément significatif la démonstration que, globalement, les activités de pêche alimentaire des Autochtones ainsi que leurs activités limitées de pêche commerciale ne constituent qu’un «infime» pourcentage des prises annuelles d’une espèce donnée, le homard par exemple, par les pêcheurs commerciaux non-autochtones, sans oublier cependant que des activités de pêche «infimes» à l’échelle d’une province ou d’une région pourraient néanmoins soulever des problèmes de conservation au niveau local si elles sont concentrées dans des champs de pêche vulnérables.

43 (d) *Aboriginal people are entitled to be consulted about limitations on the exercise of treaty and aboriginal rights.* The Court has emphasized the importance in the justification context of consultations with aboriginal peoples. Reference has already been made to the rule in *Sparrow*, *supra*, at p. 1114, repeated in *Badger*, *supra*, at para. 97, that:

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.

The special trust relationship includes the right of the treaty beneficiaries to be consulted about restrictions on their rights, although, as stated in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances.

This variation may reflect such factors as the seriousness and duration of the proposed restriction, and whether or not the Minister is required to act in response to unforeseen or urgent circumstances. As stated, if the consultation does not produce an agreement, the adequacy of the justification of the government’s initiative will have to be litigated in the courts.

d) *Les peuples autochtones ont le droit d’être consultés à propos des restrictions à l’exercice des droits ancestraux ou issus de traités.* La Cour a souligné l’importance de la consultation des peuples autochtones dans le contexte de la justification. La règle suivante a été mentionnée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1114, puis réitérée dans *Badger*, précité, au par. 97:

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.

Ces rapports spéciaux de fiduciaire comportent le droit pour les bénéficiaires du traité d’être consultés à l’égard des restrictions de leurs droits, quoique, comme il a été dit dans *Delgamuukw*, précité, au par. 168:

La nature et l’étendue de l’obligation de consultation dépendront des circonstances.

Cette obligation pourrait varier en raison de circonstances telles que la gravité et la durée de la restriction proposée, ou le fait que le ministre soit ou non contraint d’agir pour répondre à une situation imprévue ou urgente. Comme il a été expliqué, si les consultations n’aboutissent pas à une entente, la question du caractère approprié de la mesure proposée par le gouvernement devra être tranchée par les tribunaux.



(e) *The Minister has available for regulatory purposes the full range of resource management tools and techniques, provided their use to limit the exercise of a treaty right can be justified.* If the Crown establishes that the limitations on the treaty right are imposed for a pressing and substantial public purpose, after appropriate consultation with the aboriginal community, and go no further than is required, the same techniques of resource conservation and management as are used to control the non-native fishery may be held to be justified. Equally, however, the concerns and proposals of the native communities must be taken into account, and this might lead to different techniques of conservation and management in respect of the exercise of the treaty right.

In its written argument on this appeal, the Coalition also argued that no treaty right should “operate to involuntarily displace any non-aboriginal existing participant in any commercial fishery”, and that “neither the authors of the Constitution nor the judiciary which interprets it are the appropriate persons to mandate who shall and shall not have access to the commercial fisheries”. The first argument amounts to saying that aboriginal and treaty rights should be recognized only to the extent that such recognition would not occasion disruption or inconvenience to non-aboriginal people. According to this submission, if a treaty right would be disruptive, its existence should be denied or the treaty right should be declared inoperative. This is not a legal principle. It is a political argument. What is more, it is a political argument that was expressly rejected by the political leadership when it decided to include s. 35 in the *Constitution Act, 1982*. The democratically elected framers of the *Constitution Act, 1982* provided in s. 35 that “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed” (emphasis added). It is the obligation of the courts to give effect to that national commitment. No useful purpose would be

e) *En matière de réglementation, le ministre dispose de toute la panoplie des outils et techniques de gestion des ressources, pourvu qu’il puisse justifier leur utilisation pour limiter l’exercice d’un droit issu de traité.* Si le ministère public établit que les limites auxquelles est assujéti l’exercice du droit issu du traité ont été imposées pour répondre à un objectif d’intérêt public réel et impérieux, à la suite de consultations appropriées avec la communauté autochtone et que ces limites ne vont pas au-delà de ce qui est requis, il est possible que le recours aux mêmes techniques de conservation et de gestion des ressources que celles utilisées dans le cas de la pêche pratiquée par les pêcheurs non autochtones soit déclaré justifié. De même, toutefois, les préoccupations et les propositions des communautés autochtones doivent être prises en compte et pourraient entraîner le recours à des techniques différentes de conservation et de gestion à l’égard de l’exercice du droit issu de traité.

Dans son argumentation écrite dans le présent pourvoi, la Coalition a également plaidé qu’aucun droit issu de traité ne devrait [TRADUCTION] «avoir pour effet d’écarter involontairement de toute activité de pêche commerciale quelque participant non autochtone», et que «ni les rédacteurs de la Constitution ni les juges qui l’interprètent ne sont les personnes indiquées pour prescrire qui peut ou non pêcher à des fins commerciales». Le premier argument revient à dire que les droits ancestraux ou issus de traités ne devraient être reconnus que dans les cas où cette reconnaissance ne cause aucun dérangement ou inconvénient aux non-autochtones. Suivant cet argument, si un droit issu de traité est source de dérangements, il faudrait en dénier l’existence ou le déclarer inopérant. Il ne s’agit pas là d’un principe juridique mais d’un argument de nature politique. Qui plus est, il s’agit d’un argument politique qui a été expressément rejeté par les dirigeants politiques lorsqu’ils ont décidé d’inclure l’art. 35 dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les auteurs démocratiquement élus de la *Loi constitutionnelle de 1982* y ont expressément indiqué, à l’art. 35, que «[I]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés» (italiques ajoutés). Les tribunaux ont

served by a rehearing of this appeal to revisit such fundamental and incontrovertible principles.

6. . . . pursuant to section 27 of the Rules of the Supreme Court of Canada, [requests] an Order that [the Court's] judgment pronounced herein on the 17th day of September, 1999 be stayed pending disposition of the rehearing of the appeal, if ordered

46

At no stage of this appeal, either before or after September 17, 1999, has any government requested a stay or suspension of judgment. The Coalition asks for the stay based on its theory that the ruling created broad gaps in the regulatory scheme, but for the reasons already explained, its contention appears to be based on a misconception of what was decided on September 17, 1999. The appellant should not have his acquittal kept in jeopardy while issues which are much broader than the specifics of his prosecution are litigated. The request for a stay of the acquittal directed on September 17, 1999, is therefore denied.

A Stay of the Broader Effect of the September 17, 1999 Majority Judgment

47

In the event the respondent Attorney General of Canada or the intervener Attorney General for New Brunswick should determine that it is in the public interest to apply for a stay of the effect of the Court's recognition and affirmation of the Mi'kmaq treaty right in its September 17, 1999 majority judgment, while leaving in place the acquittal of the appellant, the Court will entertain argument on whether it has the jurisdiction to grant such a stay, and if so, whether it ought to do so in this case.

l'obligation de donner effet à cet engagement national. Le fait d'entendre à nouveau le présent pourvoi afin de réexaminer des principes aussi fondamentaux et incontestables ne servirait aucune fin utile.

6. . . . conformément à l'art. 27 des Règles de la Cour suprême du Canada, [la Coalition demande à la Cour] une ordonnance sursoyant à l'exécution du jugement qu'elle a rendu dans la présente affaire le 17 septembre 1999 jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée au terme de la nouvelle audition du présent pourvoi, si elle ordonne une nouvelle audience

Aucun gouvernement n'a demandé, à quelque étape du présent pourvoi, que ce soit avant ou après le 17 septembre 1999, qu'il soit sursis à l'exécution du jugement. La Coalition demande un tel sursis sur le fondement de sa thèse que le jugement aurait créé de grands vides dans le régime de réglementation. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, cette thèse semble reposer sur une méprise quant à ce qui a été décidé le 17 septembre 1999. L'acquiescement de l'appelant ne devrait pas être mis en péril pendant que l'on débattrait de questions beaucoup plus générales que les faits précis pour lesquels il était poursuivi. La requête demandant qu'il soit sursis à la prise d'effet de l'acquiescement prononcé le 17 septembre 1999 est par conséquent rejetée.

Sursis d'exécution visant les effets généraux de l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999

Dans l'éventualité où la procureure générale du Canada intimée ou le procureur général du Nouveau-Brunswick intervenant déciderait qu'il est dans l'intérêt du public de demander à notre Cour qu'elle sursoie à la prise d'effet de la reconnaissance et de la confirmation du droit issu de traité des Mi'kmaq prononcées dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, tout en maintenant l'acquiescement de l'appelant, la Cour entendra les arguments des intéressés relativement à la question de savoir si elle a compétence pour accorder un tel sursis, et, dans l'affirmative, si elle devrait le faire en l'espèce.

Disposition

The Coalition's motion is dismissed with costs.

*Motion dismissed.*

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

*Solicitor for Donald John Marshall, Jr., respondent on the motion: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner, Nova Scotia.*

*Solicitor for Her Majesty the Queen, respondent on the motion: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitors for the Union of New Brunswick Indians, respondent on the motion: Getty, Bear, Frederickton.*

Dispositif

La requête de la Coalition est rejetée avec dépens.

*Requête rejetée.*

*Procureurs de la requérante la West Nova Fishermen's Coalition: Daley, Black & Moreira, Halifax.*

*Procureur de Donald John Marshall, Jr., intimé à la requête: Bruce H. Wildsmith, Barss Corner (Nouvelle-Écosse).*

*Procureur de Sa Majesté la Reine, intimée à la requête: La procureure générale du Canada, Ottawa.*

*Procureurs du Native Council of Nova Scotia, intimé à la requête: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.*

*Procureurs de l'Union of New Brunswick Indians, intimée à la requête: Getty, Bear, Frederickton.*