

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Dale Sappier and Clark  
Polchies** *Respondents*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Darrell Joseph Gray** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Union of New Brunswick Indians, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomí, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assembly of First Nations, New Brunswick Forest Products Association, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance and Shuswap Nation Tribal Council, Congress of Aboriginal Peoples, and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SAPIER; R. v. GRAY**

**Neutral citation: 2006 SCC 54.**

File Nos.: 30533, 30531.

2006: May 17, 18; 2006: December 7.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Dale Sappier et Clark  
Polchies** *Intimés*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Darrell Joseph Gray** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Union des Indiens du Nouveau-Brunswick, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomí, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assemblée des Premières Nations, Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council, Congrès des peuples autochtones, et bande indienne de Songhees, Première Nation de Malahat, Première Nation de T'Sou-ke, Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SAPIER; R. c. GRAY**

**Référence neutre : 2006 CSC 54.**

N<sup>os</sup> du greffe : 30533, 30531.

2006 : 17, 18 mai; 2006 : 7 décembre.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Aboriginal law — Aboriginal rights — Right to harvest wood for personal uses — Members of Maliseet and Mi'kmaq First Nations charged in New Brunswick with unlawful possession or unlawful cutting of Crown timber — Crown lands where timber harvested forming part of First Nations' traditional territory — Whether Maliseet and Mi'kmaq have aboriginal right to harvest wood for personal uses on Crown lands.*

*Droit des autochtones — Droits ancestraux — Droit de récolter du bois à des fins personnelles — Accusations de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres déposées au Nouveau-Brunswick contre des membres des premières nations malécite et mi'kmaq — Les terres de la Couronne où le bois a été récolté font partie du territoire traditionnel des premières nations concernées — Les Malécites et les Mi'kmaq possèdent-ils un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles sur les terres de la Couronne?*

*Aboriginal law — Van der Peet test — Meaning of “distinctive culture”.*

*Droit des autochtones — Critère de l'arrêt Van der Peet — Sens de l'expression « culture distinctive ».*

The respondents, S and P who are Maliseet and G who is Mi'kmaq, were charged under New Brunswick's *Crown Lands and Forests Act* with unlawful possession of or cutting of Crown timber from Crown lands. The logs had been cut or taken from lands traditionally harvested by the respondents' respective First Nations. Those taken by S and P were to be used for the construction of P's house and the residue for community firewood. Those cut by G were to be used to fashion his furniture. The respondents had no intention of selling the logs or any product made from them. Their defence was that they possessed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. They were acquitted at trial. S and P's acquittals were upheld by the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal. G's acquittal was set aside by the Court of Queen's Bench but restored on appeal. G did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

Les intimés — S et P qui sont des Malécites et G qui est un Mi'kmaq — ont été accusés, en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick intitulée la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Les grumes avaient été coupées ou prises sur des terres où les premières nations des intimés pratiquaient traditionnellement des activités de récolte. Les grumes prises par S et P devaient être utilisées pour construire une maison pour P et le reste être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Celles coupées par G devaient être utilisées par celui-ci pour se fabriquer des meubles. Les intimés n'avaient aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois. En défense, les intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles. Ils ont été acquittés en première instance. L'acquiescement de S et de P a été confirmé par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel. L'acquiescement de G a été écarté par la Cour du Banc de la Reine mais rétabli par la Cour d'appel. G a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

*Held:* The appeals should be dismissed. The respondents made out a defence of aboriginal right.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés. Les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la

pre-contact culture of an aboriginal people. Here, the way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period was that of migratory peoples who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The record also showed that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. The relevant practice in the present cases, therefore, must be characterized as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community. This right so characterized has no commercial dimension and the harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money, even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. Further, it is a communal right; it cannot be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. Lastly, the right is site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members' respective First Nations. In these cases, the respondents possessed an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by their respective First Nations. [21] [24-26] [72]

Although very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice, an aboriginal right can be based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. Courts must be flexible and be prepared to draw necessary inferences about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available. The evidence in these cases established that wood was critically important to the pre-contact Maliseet and Mi'kmaq, and it can be inferred from the evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was significant, though undertaken primarily for survival purposes. [27-28] [33]

A practice undertaken for survival purposes can be considered integral to an aboriginal community's distinctive culture. The nature of the practice which founds an aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture. "Culture" is an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including means of survival,

culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact avec les Européens. Dans les présentes affaires, pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Il ressort également du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, la pratique pertinente en l'espèce doit être caractérisée comme étant le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membre de la collectivité autochtone. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale et le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent, même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En outre, il s'agit d'un droit collectif qui ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Enfin, le droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne traditionnellement utilisées pour la récolte du bois par les membres des premières nations concernées. Dans les présents pourvois, les intimés sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par leur première nation respective. [21] [24-26] [72]

Bien que très peu d'éléments de preuve aient été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite, l'existence d'un droit ancestral peut être fondée sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Les tribunaux doivent faire montre de souplesse et, en l'absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive. Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens, et la preuve permet d'inférer que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques était importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. [27-28] [33]

Une pratique ayant pour but la survie peut être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d'un peuple autochtone. La nature de la pratique sur laquelle repose la revendication de droit ancestral doit être examinée dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone visée avant son contact avec les Européens. Pour savoir ce que signifie

socialization methods, legal systems, and, potentially, trading habits. The qualifier “distinctive” incorporates an element of aboriginal specificity but does not mean “distinct”. The notion of aboriginality must not be reduced to racialized stereotypes of aboriginal peoples. A court, therefore, must first inquire into the way of life of the pre-contact peoples and seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon by the rights claimants relates to that way of life. A practice of harvesting wood for domestic uses undertaken in order to survive is directly related to the pre-contact way of life and meets the “integral to a distinctive culture” threshold. [38] [45-48]

The nature of the right cannot be frozen in its pre-contact form but rather must be determined in light of present-day circumstances. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into one to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. The site-specific requirement was also met. The Crown conceded in the case of S and P and the evidence established in the case of G that the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this activity by members of their respective First nations. [48] [52-53]

The Crown either accepted or did not challenge before the Court of Appeal that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the respondents’ aboriginal right, and it did not attempt to justify the infringement in this Court. [54-55]

The Crown did not discharge its burden of proving that the aboriginal right had been extinguished by pre-Confederation statutes. The power to extinguish aboriginal rights in the colonial period rested with the Imperial Crown and it was unclear whether the colonial legislature had ever been granted the legal authority to do so. In any event, the legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment was primarily regulatory in nature. The regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. [57-60]

la « culture », il faut se demander en quoi consistait le mode de vie d’une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » intègre un élément de spécificité autochtone, mais ne signifie pas « distinct ». La notion d’autochtonité ne saurait être réduite à des stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones. Le tribunal doit d’abord déterminer quel était le mode de vie des peuples concernés avant l’arrivée des Européens et tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication. La pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques dans le but d’assurer la survie est directement reliée au mode de vie antérieur au contact et satisfait au critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». [38] [45-48]

La nature du droit ne saurait être figée dans sa forme antérieure au contact, mais doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Le droit de récolter du bois pour la construction d’abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d’une habitation moderne. La condition relative aux sites spécifiques est également respectée. Dans le cas de S et de P, le ministère public a concédé que les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par des membres de leur première nation respective, et, dans le cas de G, la preuve a également établi ce fait. [48] [52-53]

Le ministère public a soit reconnu soit décidé de ne pas contester devant la cour d’appel que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit ancestral des intimés et il n’a pas tenté de justifier cette atteinte devant notre Cour. [54-55]

Le ministère public n’a pas, comme il lui incombait de le faire, établi que le droit ancestral a été éteint par des lois préconfédératives. Pendant la période coloniale, c’est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d’éteindre les droits ancestraux et il n’est pas clair que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l’époque coloniale le pouvoir de le faire. Quoi qu’il en soit, les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l’extinction participent principalement de la réglementation. Le recours à un régime de permis pour régler la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d’une intention claire d’éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. [57-60]

Given this Court's decision on the aboriginal right issue, there was no need to decide whether S and P also would benefit from a treaty right to harvest wood for personal uses. [3]

*Per* Binnie J.: The reasons of Bastarache J. were agreed with except as to his limitation of the exercise of aboriginal rights within modern aboriginal communities. A division of labour existed in aboriginal communities, pre-contact. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the community to do everything for themselves. Trade, barter or sale outside the reserve or other local aboriginal community where the person exercising the aboriginal right lives would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. [74]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Newfoundland v. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, aff'g (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

### Statutes and Regulations Cited

*Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, "Of trespasses on lands, private property, and lumber"*, S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, ss. 67(1)(a), (c), 67(2).  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

### Authors Cited

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy:

Vu la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, il n'est pas nécessaire de décider si S et P sont également titulaires d'un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois. [3]

*Le juge Binnie* : Il y a accord avec les motifs du juge Bastarache, sauf en ce qui concerne la limite à laquelle il assujettit l'exercice des droits ancestraux à l'intérieur des collectivités autochtones modernes. Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi instauré une division du travail. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Le commerce, le troc ou la vente à l'extérieur de la réserve ou autre collectivité autochtone locale où vit la personne exerçant le droit ancestral constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. [74]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt appliqué :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés :** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Newfoundland c. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, conf. (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

### Lois et règlements cités

*Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, « Of trespasses on lands, private property, and lumber »*, S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.  
*Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)a), c), 67(2).

### Doctrine citée

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy :

Naive Imperialism and Ropes of Sand” (1997), 42 *McGill L.J.* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. “The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. “Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*” (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. “Anatomy of a Treaty: Nova Scotia’s First Native Treaty in Historical Context” (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41.

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

Wicken, William C. *Mi’kmaq Treaties on Trial*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] N.B.J. No. 295 (QL), 2004 NBCA 56, affirming a decision of Clendening J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] N.B.J. No. 386 (QL), 2003 NBQB 389, affirming a decision of Cain Prov. Ct. J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] N.B.J. No. 25 (QL), 2003 NBPC 2. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson J.J.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] N.B.J. No. 291 (QL), 2004 NBCA 57, setting aside a decision of McIntyre J., 2003 CarswellNB 635, setting aside a decision of Arsenault Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*William B. Richards, Henry S. Brown, Q.C., and Iain R. W. Hollett*, for the appellant.

*Richard Hatchette and Maria G. Henheffer, Q.C.*, for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies.

*Ronald E. Gaffney and Thomas J. Burke*, for the respondent Darrell Joseph Gray.

*Mitchell R. Taylor and Mark Kindrachuk, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Owen Young and Ria Tzimas*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia’s First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41.

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

Wicken, William C. *Mi’kmaq Treaties on Trial*. Toronto : University of Toronto Press, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 295 (QL), 2004 NBCA 56, qui a confirmé une décision de la juge Clendening (2003), 267 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 386 (QL), 2003 NBBR 389, qui avait confirmé une décision du juge Cain (2003), 267 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] A.N.-B. n<sup>o</sup> 25 (QL), 2003 NBPC 2. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 291 (QL), 2004 NBCA 57, qui a infirmé une décision du juge McIntyre, 2003 CarswellNB 635, qui avait infirmé une décision du juge Arsenault. Pourvoi rejeté.

*William B. Richards, Henry S. Brown, c.r., et Iain R. W. Hollett*, pour l’appelante.

*Richard Hatchette et Maria G. Henheffer, c.r.*, pour les intimés Dale Sappier et Clark Polchies.

*Ronald E. Gaffney et Thomas J. Burke*, pour l’intimé Darrell Joseph Gray.

*Mitchell R. Taylor et Mark Kindrachuk, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Owen Young et Ria Tzimas*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

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

*Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Patrick G. Foy, Q.C.*, and *Robert J. C. Deane*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Robert J. Normey and Thomas G. Rothwell*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Donald H. Burrage, Q.C.*, and *Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Daniel R. Theriault*, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

*Thomas E. Hart and Jane O'Neill*, for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia.

*D. Bruce Clarke*, for the intervener Mi'gmawei Mawiomi.

*Michael J. Wood, Q.C.*, for the intervener the New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

*Bryan P. Schwartz and Jack R. London, Q.C.*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Mahmud Jamal and Neil Paris*, for the intervener the New Brunswick Forest Products Association.

*Ronalda Murphy, Mary Jane Abram and Douglas Brown*, for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

*Clarine Ostrove and Leslie J. Pinder*, for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council.

*Andrew K. Lokan and Joseph E. Magnet*, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

*Robert J. M. Janes*, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations).

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

*Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Patrick G. Foy, c.r.*, et *Robert J. C. Deane*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Robert J. Normey et Thomas G. Rothwell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Donald H. Burrage, c.r.*, et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Daniel R. Theriault*, pour l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick.

*Thomas E. Hart et Jane O'Neill*, pour l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia.

*D. Bruce Clarke*, pour l'intervenant Mi'gmawei Mawiomi.

*Michael J. Wood, c.r.*, pour l'intervenant New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

*Bryan P. Schwartz et Jack R. London, c.r.*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Mahmud Jamal et Neil Paris*, pour l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick.

*Ronalda Murphy, Mary Jane Abram et Douglas Brown*, pour l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

*Clarine Ostrove et Leslie J. Pinder*, pour les intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council.

*Andrew K. Lokan et Joseph E. Magnet*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

*Robert J. M. Janes*, pour les intervenantes la bande indienne de Songhees, la Première Nation de Malahat, la Première Nation de T'Sou-ke, la Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw).

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

### 1. Introduction

The three respondents were charged with unlawful possession or cutting of Crown timber. Messrs. Sappier and Polchies are Maliseet, and Mr. Gray is Mi'kmaq. All three respondents argued in defence that they possess an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. Mr. Gray has since abandoned his treaty right claim.

The respondents submit that the practice of harvesting timber for personal use was an integral part of the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq peoples prior to contact with Europeans. The claimed right refers to the practice of harvesting trees to fulfil the domestic needs of the pre-contact communities for such things as shelter, transportation, fuel and tools. The Maliseet and Mi'kmaq were migratory living from hunting and fishing, and using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The central question on appeal is how to define the distinctive culture of such peoples, and how to determine which pre-contact practices were integral to that culture. The Crown submits that the evidence of wood usage in pre-contact Maliseet and Mi'kmaq societies was primarily a reference to the need for harvesting wood on a daily basis in order to survive. In the Crown's submission, this is not sufficient to establish a defining practice, custom or tradition that truly made the society what it was.

For the reasons that follow, I find that all three respondents have established an aboriginal right to

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

### 1. Introduction

Les trois intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Messieurs Sappier et Polchies sont membres de la collectivité malécite et M. Gray appartient à la collectivité mi'kmaq. Comme moyen de défense, les trois intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Depuis, M. Gray a renoncé à sa revendication fondée sur l'existence d'un droit issu de traités.

Les intimés soutiennent que la récolte de bois à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des peuples malécite et mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Le droit revendiqué découlerait de la récolte de bois effectuée à l'époque à des fins domestiques, notamment pour les abris, le transport, le combustible et les outils. Les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la chasse et de la pêche et utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Comment peut-on définir la culture distinctive de ces peuples et déterminer quelles pratiques antérieures au contact avec les Européens en faisaient partie intégrante? Voilà la question fondamentale que soulèvent les présents pourvois. Le ministère public soutient que la preuve relative à l'usage du bois par les Malécites et les Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens se rapporte principalement à la nécessité pour ces peuples de récolter du bois tous les jours pour assurer leur survie. Or, de l'avis du ministère public, cela n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une pratique, coutume ou tradition déterminante qui faisait véritablement de la société ce qu'elle était.

Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les trois intimés ont établi l'existence d'un droit

1

2

3



harvest wood for domestic uses. Given this Court's decision on the aboriginal right issue, I need not decide whether Messrs. Sappier and Polchies also benefit from a treaty right to harvest wood.

## 2. Facts

### 2.1 *R. v. Sappier and Polchies*

4 The parties entered into an agreed statement of facts at the opening of the trial. On January 12, 2001, at approximately 18:00 hours, a truck load of timber driven by Mr. Sappier was stopped by Department of Natural Resources and Energy officers at the junction of the Nashwaak Road and the wood access road to the Native Harvest Block 1266 near Gorby Gulch, New Brunswick. Mr. Clark Polchies was one of the passengers in the truck. Officer Wallace noticed that there were 16 hardwood logs, 4 yellow birch and 12 sugar maple, in the truck.

5 During some preliminary questioning by Officer Wallace, Mr. Sappier was asked as to where the wood had originated, to which he replied that it was firewood and that it came from Harvest Block 1266. The officers determined that the 16 hardwood logs did not come from Harvest Block 1266, but from Crown Lands approximately 1.5 kilometres away from Harvest Block 1266. Officer Wallace proceeded to read the *Charter* Notice and Police Caution to Messrs. Sappier and Polchies and seized the truck and logs based on the respondents' unauthorized possession of Crown timber. They were charged with unlawful possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(c) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1. Officer Collicott then questioned Messrs. Sappier and Polchies regarding who had cut the timber on the truck. Mr. Polchies indicated to Officer Collicott that it was he who had cut all the timber on the truck.

6 The parties agreed that Messrs. Sappier and Polchies were not at the time of their arrest

ancestral de récolter du bois à des fins domestiques. Étant donné la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, je n'ai pas à décider si MM. Sappier et Polchies sont également titulaires d'un droit issu de traités de récolter du bois.

## 2. Faits

### 2.1 *R. c. Sappier et Polchies*

Les parties se sont entendues sur un exposé conjoint des faits à l'ouverture du procès. Le 12 janvier 2001, vers 18 h, des agents du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie ont arrêté un camion chargé de bois conduit par M. Sappier à l'intersection du chemin Nashwaak et du chemin forestier menant à la parcelle de récolte 1266 accordée aux Autochtones à proximité de Gorby Gulch, au Nouveau-Brunswick. Monsieur Clark Polchies était l'un des passagers dans le camion. L'agent Wallace a constaté que le chargement de bois se composait de 16 grumes de bois dur, dont 4 de bouleau jaune et 12 d'érable à sucre.

Au cours d'un interrogatoire préliminaire, l'agent Wallace a demandé à M. Sappier d'où provenait le bois; ce dernier a répondu qu'il s'agissait de bois de chauffage provenant de la parcelle de récolte 1266. Les agents ont déterminé que les 16 grumes de bois dur ne provenaient pas de la parcelle de récolte 1266, mais plutôt de terres de la Couronne situées à environ 1,5 km de la parcelle de récolte 1266. L'agent Wallace a lu à MM. Sappier et Polchies l'avis exigé par la *Charte* et la mise en garde policière, puis il a saisi le camion et les grumes au motif que les intimés étaient, sans autorisation, en possession de bois provenant de terres de la Couronne. Les intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, en vertu de l'al. 67(1)(c) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1. L'agent Collicott a alors demandé à MM. Sappier et Polchies de lui dire qui avait coupé le bois qui se trouvait dans le camion. Monsieur Polchies a reconnu avoir coupé tout le bois en question.

Les parties se sont entendues sur le fait que, au moment de leur arrestation, MM. Sappier et Polchies

authorized to be in possession of such timber pursuant to the *Crown Lands and Forests Act* or by any other Act of New Brunswick or regulations thereto, or by the Minister of Natural Resources and Energy of New Brunswick. Messrs. Sappier and Polchies are both Maliseet and members of the Woodstock First Nation. They are also registered under the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

Judge Cain of the Provincial Court of New Brunswick found that the 16 hardwood logs were to be used by Mr. Polchies in the construction of a house and furniture on the Woodstock First Nation, with the residue's being made available to the Reserve for fire wood. The learned trial judge also found that the hardwood logs represented an amount sufficient to make hardwood flooring and furniture consisting of tables, beds and cabinets.

## 2.2 *R. v. Gray*

Mr. Gray was charged with unlawful cutting of Crown timber pursuant to s. 67(1)(a) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*. On December 9, 1999, two forest service officers with the New Brunswick Department of Natural Resources and Energy saw Mr. Gray cut down a bird's eye maple tree on Crown lands. Mr. Gray, who was accompanied by two other men, proceeded to cut a log from the tree. All three men were recognized and acknowledged to be status Indians. The men were not asked the use to which the logs would be put. Mr. Gray is Mi'kmaq and lives on the Pabineau First Nation, near Bathurst, New Brunswick. Judge Arsenault of the Provincial Court of New Brunswick accepted Mr. Gray's evidence that four logs had been cut from trees from which he intended to make cabinets, end tables, coffee tables and mouldings for his home. The trial judge also accepted that Mr. Gray had no intention of selling the logs or any product made from them.

n'étaient autorisés à avoir ce bois en leur possession par aucune disposition de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'une autre loi du Nouveau-Brunswick ou d'un règlement pris en application de ces lois, et qu'ils n'y avaient pas été autorisés par le ministre des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick. Messieurs Sappier et Polchies sont des Malécites membres de la Première Nation de Woodstock. Ils sont également inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

Le juge Cain de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a conclu que les 16 grumes de bois dur devaient être utilisées par M. Polchies pour construire une maison et fabriquer des meubles dans la réserve de la Première Nation de Woodstock, le restant devant être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Le juge du procès a également conclu que la quantité de grumes de bois dur en cause était suffisante pour fabriquer du parquet en bois dur ainsi que du mobilier — tables, lits et armoires.

## 2.2 *R. c. Gray*

Monsieur Gray a été accusé en vertu de l'al. 67(1)a) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'avoir illicitement coupé du bois sur les terres de la Couronne. Le 9 décembre 1999, deux agents du service forestier du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick ont vu M. Gray couper un érable moucheté sur les terres de la Couronne. Ce dernier, qui était accompagné de deux autres hommes, a ensuite coupé une grume sur l'arbre. Il a été reconnu que les trois hommes étaient des Indiens inscrits. Les agents ne leur ont pas demandé quelle utilisation ils comptaient faire des grumes. Monsieur Gray, un Mi'kmaq, vit dans la réserve de la Première Nation de Pabineau, près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick. Le juge Arsenault de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a accepté le témoignage de M. Gray, qui a déclaré avoir coupé quatre grumes de bois avec lesquelles il voulait fabriquer des armoires, des tables de bout, des tables de salon et des moulures pour sa maison, sans aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois.

9

In both cases, the critical issue at trial was whether the cutting or possession of Crown timber was unlawful within the meaning of the Act. All three defendants claimed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use.

### 3. Judicial History

#### 3.1 *R. v. Sappier and Polchies*

##### 3.1.1 New Brunswick Provincial Court, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBPC 2

10

Cain Prov. Ct. J. held that the defendants did not benefit from an aboriginal right to harvest timber for personal use. Cain Prov. Ct. J. opined that any human society living on the same lands at the same time would have used wood and wood products for the same purposes. On this basis, Cain Prov. Ct. J. held that the practice of using wood to construct shelters or to make furniture was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation. The learned trial judge ultimately concluded that the culture of this pre-contact society would have not been fundamentally altered had wood not been available for use because the Maliseet would probably have found some other available material to use in its place.

11

Cain Prov. Ct. J. concluded, however, that the defendants benefited from a valid treaty right to harvest timber for personal use. He held that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the treaty right, and that the Crown had not succeeded in justifying the infringement. Accordingly, the defendants were acquitted.

##### 3.1.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBQB 389

12

In a relatively short decision, Clendening J. dismissed the Crown's appeal and affirmed the decision of the trial judge.

Dans les deux affaires, la question centrale à trancher lors du procès consistait à déterminer si la possession, par les défendeurs, de bois provenant des terres de la Couronne ou la coupe de bois par ceux-ci sur ces terres, avaient constitué des activités illicites au sens de la Loi. Les trois défendeurs revendiquaient un droit ancestral et un droit issu de traités de récolter du bois à des fins personnelles.

### 3. Historique judiciaire

#### 3.1 *R. c. Sappier et Polchies*

##### 3.1.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBPC 2

Le juge Cain de la Cour provinciale a statué que les défendeurs n'étaient pas titulaires d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Selon lui, toute société humaine vivant sur les mêmes terres à la même époque aurait utilisé aux mêmes fins le bois et des produits fabriqués avec le bois. Le juge Cain a, pour cette raison, estimé que la pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris ou fabriquer des meubles ne faisait aucunement partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première Nation de Woodstock. En dernière analyse, le juge du procès a conclu que la culture de ce peuple avant son contact avec les Européens n'aurait pas été fondamentalement différente s'il n'avait pas disposé de bois, étant donné que les Malécites auraient vraisemblablement utilisé à la place un autre matériau disponible.

En revanche, le juge Cain a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles. Il a estimé que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte à ce droit issu de traités et que le ministère public n'avait pas justifié l'atteinte. En conséquence, il a acquitté les défendeurs.

##### 3.1.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBBR 389

Dans un jugement relativement bref, le juge Clendening a rejeté l'appel du ministère public et a confirmé la décision du juge du procès.

3.1.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 2004 NBCA 56

Robertson J.A., writing on behalf of the Court of Appeal, held that the defendants benefited from both an aboriginal right and a treaty right to harvest timber for personal use. He emphasized that a practice need not be distinct in order to found an aboriginal right claim — it need only be integral to a distinctive culture. In his view, the fact that tree harvesting was undertaken for survival purposes, and that perhaps any human society would have done the same, was not determinative. Moreover, in direct response to Cain Prov. Ct. J.'s reasons, Robertson J.A. queried what other resource could have been used had timber not been available.

Before the Court of Appeal, the Crown no longer alleged that the right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation. The Crown also accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, test.

3.2 *R. v. Gray*

3.2.1 New Brunswick Provincial Court (No. 03190311, August 27, 2001)

Arsenault Prov. Ct. J. held that the defendant benefited from an aboriginal right to gather and harvest wood for personal use. In finding an aboriginal right, Arsenault Prov. Ct. J. relied heavily on the evidence of Mr. Sewell, a Mi'kmaq and status Indian, recognized as an elder and historian, and declared as an expert, "regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge" (p. 3). Mr. Sewell's evidence was not contradicted by the Crown on cross-examination or by

3.1.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 93, 2004 NBCA 56

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Robertson a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit ancestral et d'un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Il a souligné qu'une pratique n'a pas à être distincte pour constituer le fondement d'une revendication de droit ancestral; il suffit qu'elle fasse partie intégrante d'une culture distinctive. Il n'a pas jugé déterminant le fait que la récolte d'arbres visait à assurer la survie et que toute société humaine aurait peut-être agi de même. En réponse directe aux motifs du juge Cain de la Cour provinciale, le juge Robertson s'est en outre demandé quelle autre ressource aurait pu être utilisée, s'il n'y avait pas eu de bois.

En Cour d'appel, le ministère public a renoncé à soutenir que le droit s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives. Il a également accepté que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit invoqué et que cette atteinte ne pouvait être justifiée selon le critère établi dans les arrêts *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

3.2 *R. c. Gray*

3.2.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (n° 03190311, 27 août 2001)

Le juge Arsenault de la Cour provinciale a conclu que le défendeur était titulaire d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Il s'est pour cela fondé dans une large mesure sur le témoignage de M. Sewell, un Mi'kmaq et un Indien inscrit qui a le statut d'aîné et d'historien et qui a été déclaré témoin expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l'usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l'accusation » (p. 3). Le ministère public n'a pas réfuté le témoignage de M. Sewell,

13

14

15

the introduction of any other documentary or historical evidence. The Crown did not lead evidence to justify the infringement of the aboriginal right.

16 Arsenault Prov. Ct. J. also held that Mr. Gray did not benefit from a treaty right to harvest timber for personal use.

3.2.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, 2003 CarswellNB 635

17 McIntyre J. allowed the Crown's appeal and found the defendant guilty. In finding that the claim for an aboriginal right had not been made out, McIntyre J. cited a portion of Judge Cain's reasons in *R. v. Sappier and Polchies*. He found that Mr. Sewell's evidence was insufficient to conclude that furniture making for personal use was a central defining feature of the Mi'kmaq culture. He agreed with Cain Prov. Ct. J. that any human society would have done the same.

3.2.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 2004 NBCA 57

18 On behalf of a unanimous Court of Appeal, Robertson J.A., relying on his reasons in *R. v. Sappier and Polchies*, allowed Mr. Gray's appeal and found that a successful claim for an aboriginal right to harvest timber for personal use had been made out. Robertson J.A. further held that his concurring opinion and that of Daigle J.A. in *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, were sufficient to dispose of the Crown's extinguishment argument. The Crown did not dispute that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right, nor did it challenge the trial judge's finding that the Crown had failed to justify the infringement.

19 Mr. Gray did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

ni en contre-interrogatoire ni au moyen d'autres preuves documentaires ou historiques. Le ministère public n'a présenté aucun élément de preuve tendant à justifier l'atteinte au droit ancestral.

Le juge Arsenault a également statué que M. Gray n'était pas titulaire d'un droit issu de traités l'autorisant à récolter du bois à des fins personnelles.

3.2.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2003 CarswellNB 635

Le juge McIntyre a accueilli l'appel du ministère public et a conclu à la culpabilité du défendeur. Il a estimé que le droit ancestral n'avait pas été établi, citant une partie des motifs exposés par le juge Cain de la Cour provinciale dans *R. c. Sappier et Polchies*. À son avis, le témoignage de M. Sewell ne permettait pas de conclure que la fabrication de meubles à des fins personnelles constituait une caractéristique fondamentale et déterminante de la culture mi'kmaq. À l'instar du juge Cain, il estimait que toute société humaine aurait fait de même.

3.2.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 157, 2004 NBCA 57

Dans un jugement unanime de la Cour d'appel, le juge Robertson, s'appuyant sur ses motifs dans *R. c. Sappier et Polchies*, a accueilli l'appel de M. Gray et fait droit aux arguments invoqués en faveur du droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Le juge Robertson a ajouté que ses motifs concordants et ceux exposés par le juge Daigle de la Cour d'appel dans *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, 2003 NBCA 55, venaient à bout de l'argument fondé sur l'extinction du droit qu'avait soulevé le ministère public. Ce dernier ne contestait ni le fait que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte au droit revendiqué, ni la conclusion du juge du procès selon laquelle le ministère public n'avait pas justifié cette atteinte.

Monsieur Gray a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

#### 4. The Aboriginal Right Claim

##### 4.1 *Characterization of the Respondents' Claim*

In order to be an aboriginal right, an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 46. The first step is to identify the precise nature of the applicant's claim of having exercised an aboriginal right: *Van der Peet*, at para. 76. In so doing, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right: *Van der Peet*, at para. 53. In this case, the respondents were charged with the unlawful cutting and possession of Crown timber. They claimed an aboriginal right to harvest timber for personal use so as a defence to those charges. The statute at issue prohibits the unauthorized cutting, damaging, removing and possession of timber from Crown lands. The respondents rely on the pre-contact practice of harvesting timber in order to establish their aboriginal right.

The difficulty in the present cases is that the practice relied upon to found the claims as characterized by the respondents was the object of very little evidence at trial. Instead, the respondents led most of their evidence about the importance of wood in Maliseet and Mi'kmaq cultures and the many uses to which it was put. This is unusual because the jurisprudence of this Court establishes the central importance of the actual practice in founding a claim for an aboriginal right. Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive pre-contact culture of an aboriginal people. They are not generally founded upon the

#### 4. La revendication d'un droit ancestral

##### 4.1 *Caractérisation de la revendication des intimés*

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46. Il faut d'abord identifier la nature précise de la prétention de l'intéressé selon laquelle il exerçait un droit ancestral : *Van der Peet*, par. 76. À cette fin, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, selon l'intéressé, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de la mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit : *Van der Peet*, par. 53. Dans les présentes affaires, les intimés ont été accusés de coupe illicite de bois sur les terres de la Couronne et de possession illicite de bois provenant de telles terres. Ils ont invoqué pour leur défense un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Aux termes de la loi en cause, il est interdit, sauf autorisation, de couper ou d'endommager le bois qui se trouve sur les terres de la Couronne, de l'enlever de ces terres et d'être en possession de bois qui provient de ces terres. Les intimés fondent l'existence de leur droit ancestral sur la récolte du bois pratiquée avant l'arrivée des Européens.

Dans les présentes affaires, la difficulté tient au fait que très peu d'éléments de preuve ont été présentés lors du procès quant à la pratique servant de fondement aux revendications des intimés. En fait, la majeure partie de la preuve des intimés portait sur l'importance du bois et ses nombreux usages dans les cultures malécites et mi'kmaq. C'est inhabituel parce que la jurisprudence de notre Cour fait clairement ressortir l'importance primordiale de la pratique proprement dite dans toute revendication de droit ancestral. Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact

20

21

importance of a particular resource. In fact, an aboriginal right cannot be characterized as a right to a particular resource because to do so would be to treat it as akin to a common law property right. In characterizing aboriginal rights as *sui generis*, this Court has rejected the application of traditional common law property concepts to such rights: *Sparrow*, at pp. 1111-12. In my view, the pre-contact practice is central to the *Van der Peet* test for two reasons.

22

First, in order to grasp the importance of a resource to a particular aboriginal people, the Court seeks to understand how that resource was harvested, extracted and utilized. These practices are the necessary “aboriginal” component in aboriginal rights. As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, at para. 20:

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

Section 35 of the *Constitution Act, 1982* seeks to provide a constitutional framework for the protection of the distinctive cultures of aboriginal peoples, so that their prior occupation of North America can be recognized and reconciled with the sovereignty of the Crown: *Van der Peet*, at para. 31. In an oft-quoted passage, Lamer C.J. acknowledged in *Van der Peet*, at para. 30, that, “the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries”

avec les Européens. En général, ils ne reposent pas sur l'importance d'une ressource en particulier. En fait, le droit ancestral ne peut être considéré comme le droit à une ressource en particulier, puisqu'il s'apparenterait alors à un droit de propriété en common law. En qualifiant les droits ancestraux de droits *sui generis*, notre Cour a rejeté l'application à de tels droits des concepts traditionnels de propriété propres à la common law : *Sparrow*, p. 1111-1112. À mon avis, la pratique antérieure au contact avec les Européens constitue un élément essentiel du critère établi dans *Van der Peet*, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, afin de bien saisir l'importance d'une ressource pour un peuple autochtone donné, la Cour tente de comprendre comment cette ressource était récoltée, extraite et utilisée. Ces pratiques forment l'élément « ancestral » essentiel des droits ancestraux. Le juge en chef Lamer s'est exprimé ainsi dans *Van der Peet*, par. 20 :

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

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* établit le cadre constitutionnel régissant la protection des cultures distinctives des peuples autochtones, de manière à reconnaître leur occupation antérieure de l'Amérique du Nord et à concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté : *Van der Peet*, par. 31. Dans un passage souvent cité, le juge en chef Lamer a reconnu au par. 30 de l'arrêt *Van der Peet* que « la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et

(emphasis deleted). The goal for courts is, therefore, to determine how the claimed right relates to the pre-contact culture or way of life of an aboriginal society. This has been achieved by requiring aboriginal rights claimants to found their claim on a pre-contact practice which was integral to the distinctive culture of the particular aboriginal community. It is critically important that the Court be able to identify a *practice* that helps to define the distinctive way of life of the community as an aboriginal community. The importance of leading evidence about the pre-contact practice upon which the claimed right is based should not be understated. In the absence of such evidence, courts will find it difficult to relate the claimed right to the pre-contact way of life of the specific aboriginal people, so as to trigger s. 35 protection.

Second, it is also necessary to identify the pre-contact practice upon which the claim is founded in order to consider how it might have evolved to its present-day form. This Court has long recognized that aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form, and that ancestral rights may find modern expression: *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 13; *Van der Peet*, at para. 64.

In the present cases, the relevant practice for the purposes of the *Van der Peet* test is harvesting wood. It is this practice upon which the respondents opted to found their claims. However, the respondents do not claim a right to harvest wood for any and all purposes — such a right would not provide sufficient specificity to apply the reasoning I have just described. The respondents instead claim the right to harvest timber for personal uses; I find this characterization to be too general as well. As previously explained, it is critical that the Court identify a practice that helps to define the way of life or distinctiveness of the particular aboriginal community. The claimed right should then be

participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles » (soulignement omis). Il s'agit donc pour les tribunaux de déterminer le lien entre le droit revendiqué et la culture ou le mode de vie du peuple autochtone avant son contact avec les Européens. Pour ce faire, ils ont exigé des Autochtones qu'ils fondent leurs revendications de droits ancestraux sur une pratique antérieure au contact qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone concernée. Il est primordial que la Cour puisse circonscrire une *pratique* qui contribue à définir le mode de vie distinctif du groupe en tant que collectivité autochtone. Il ne faut pas minimiser l'importance de présenter des éléments de preuve établissant l'existence de la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué. Car en l'absence de tels éléments, les tribunaux auront du mal à établir un lien entre le droit revendiqué et le mode de vie antérieur au contact du peuple autochtone concerné de façon à faire intervenir la protection prévue à l'art. 35.

Deuxièmement, il est également nécessaire d'identifier la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication afin de voir comment elle a pu évoluer pour arriver à sa forme actuelle. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens, et qu'ils peuvent trouver une expression moderne : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 13; *Van der Peet*, par. 64.

Dans les présentes affaires, la récolte du bois est la pratique pertinente eu égard au critère établi dans *Van der Peet*. C'est sur cette pratique que les intimés ont choisi de fonder leurs revendications. Toutefois, les intimés ne revendiquent pas le droit de récolter du bois à n'importe quelle fin — un tel droit ne comporterait pas la spécificité nécessaire à l'application du raisonnement que je viens d'exposer. En effet, les intimés revendiquent plutôt le droit de récolter du bois à des fins personnelles. À mon avis, cette caractérisation est elle aussi trop générale. Comme il a été expliqué plus tôt, il est primordial que la Cour identifie la pratique qui contribue à définir le mode de vie ou le caractère distinctif

23

24



delineated in accordance with that practice: *Van der Peet*, at para. 52. The way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period is that of a migratory people who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. Thus, the practice should be characterized as the harvesting of wood for certain uses that are directly associated with that particular way of life. The record shows that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. I would therefore characterize the respondents' claim as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community.

25 The word "domestic" qualifies the uses to which the harvested timber can be put. The right so characterized has no commercial dimension. The harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components.

26 The right to harvest wood for domestic uses is a communal one. Section 35 recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights in order to assist in ensuring the continued existence of these particular aboriginal societies. The exercise of the aboriginal right to harvest wood for domestic uses must be tied to this purpose. The right to harvest (which is distinct from the right to make personal use of the harvested product even though they are related) is not one to be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. It is a right that assists the society in maintaining its distinctive character.

de la collectivité autochtone concernée. Le droit revendiqué devrait ensuite être défini en fonction de cette activité ou pratique : *Van der Peet*, par. 52. Pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Ainsi, il faudrait dire que l'activité de récolte du bois visait certains usages directement reliés à ce mode de vie particulier. Il ressort du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, je caractériserais la revendication des intimés comme le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membres de la collectivité autochtone.

L'adjectif « domestique » qualifie les usages qui peuvent être faits du bois récolté. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale. Le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments.

La nature collective du droit comporte un deuxième volet. L'article 35 reconnaît et confirme les droits existants — ancestraux ou issus de traités — dans le but d'assurer la survie de ces sociétés autochtones particulières. L'exercice du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques doit être rattaché à cet objet. En effet, le droit de récolter (distinct du droit d'utiliser à des fins personnelles le produit récolté, même si les deux sont reliés) ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Il s'agit d'un droit qui aide la société à conserver son caractère distinctif.

4.2 *The Integral to a Distinctive Culture Test*4.2.1 The Evidentiary Problem

The question before the Court at this stage is whether the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq, pre-contact. As previously explained, very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice. Nevertheless, this Court has previously recognized an aboriginal right based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. In *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, this Court recognized an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis despite the fact that “[t]he fish were not significant to the Mohawks for social or ceremonial reasons” (para. 45). The Court based its holding on the fact that “[the fish] were an important and significant source of subsistence for the Mohawks” (para. 45). In other words, the Court recognized a right to fish for food based on the importance of the resource. Fishing was such a significant practice as to constitute a way of life. In this sense, it was part of what made the pre-contact Mohawk community distinctive.

In the present cases, the evidence established that wood was critically important to the Maliseet and the Mi'kmaq, pre-contact. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution found that the Maliseet people used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings (para. 12). Cain Prov. Ct. J. also referred to evidence that was led to the effect that the pre-European Maliseet society revered wood and considered it sacred (para. 13). Referring to the *Gray* prosecution, Cain Prov. Ct. J. stated that, “[t]here is no question that the evidence of Mr. Sewell in *Gray* (*supra*) clearly established an

4.2 *Critère de la partie intégrante d'une culture distinctive*4.2.1 Problème de preuve

À ce stade-ci, la Cour doit déterminer si la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Comme il a déjà été expliqué, très peu d'éléments de preuve ont été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite. Néanmoins, notre Cour a déjà reconnu l'existence d'un droit ancestral en se fondant sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, notre Cour a ainsi reconnu le droit issu de traités de pratiquer la pêche à des fins alimentaires dans le lac Saint-François même si le « poisson n'était pas important pour les Mohawks à des fins sociales ou rituelles » (par. 45). La Cour a fondé sa conclusion sur le fait que « [le poisson] était une importante denrée alimentaire » (par. 45). C'est donc dire que la Cour a reconnu le droit de pêcher à des fins alimentaires en raison de l'importance de cette ressource. La pêche était une activité d'une telle importance qu'elle constituait un mode de vie. En ce sens, elle figurait au nombre des caractéristiques qui donnaient à la collectivité mohawk antérieure au contact avec les Européens son caractère distinctif.

Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens. À l'issue du procès de MM. Sappier et Polchies, le juge a conclu que les Malécites utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient pour construire des abris, des outils agricoles et peut-être même fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers (par. 12). Le juge Cain de la Cour provinciale a également fait mention d'éléments de preuve attestant que les sociétés autochtones occupant le territoire avant l'arrivée des Européens vénéraient le bois qu'elles considéraient comme sacré (par. 13). Le juge Cain a

historical pattern and tradition of the use of wood from Crown lands for the construction of furniture and housing” (para. 27). He went on to comment that “[s]imilar evidence was led in the case at bar” (para. 27).

29

In the *Gray* prosecution, the trial judge declared the defence witness, Mr. Sewell, an expert “regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge” (Arsenault Prov. Ct. J., at p. 3). As previously mentioned, Mr. Sewell is Mi’kmaq and a status Indian who is recognized as an elder and historian within his community. Arsenault Prov. Ct. J. stated that:

I have found and I do find that the evidence of Mr. Sewell was reliable and extremely useful to this court and I might point out that it was in no way diminished by cross-examination nor did the Crown in this case elect to contradict it by any documentary evidence or the evidence of any historian. [p. 23]

30

Mr. Sewell testified about the many uses to which wood was and continues to be put. He spoke of using the inner bark of a cedar tree for rope, and of cutting strips of it to be used in the construction of the old birch bark canoes. Birch bark and ash were used to make baskets. Birch, poplar and black spruce were fashioned into paddles. Any leftover birch or maple was used for firewood. He spoke of using cedar to make drums, and of how the aboriginal peoples were also carvers. He testified that some of the figureheads on the first ships to arrive in Canada were done by aboriginals. Mr. Sewell spoke of building camps and making pots out of wood. He testified that the pots were made out of large logs, using fire first to burn out the centre and then chiselling it out. He spoke of using bird’s eye maple and curly maple in the construction of axe handles and boat paddles, either for sale

tenu les propos suivants au sujet de l’affaire *Gray* : [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute que dans *Gray*, le témoignage de M. Sewell a clairement établi l’existence d’un mode et d’une tradition historiques en ce qui concerne l’utilisation de bois provenant des terres de la Couronne pour la fabrication de meubles et la construction de maisons. » (par. 27) Il a ajouté qu’une [TRADUCTION] « preuve analogue a été produite en l’espèce » (par. 27).

Dans l’affaire *Gray*, le juge du procès a déclaré que le témoin de la défense, M. Sewell, était un expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l’usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l’accusation » (le juge Arsenault de la Cour provinciale, p. 3). Comme il a déjà été mentionné, M. Sewell est un Mi’kmaq et un Indien inscrit, reconnu comme un aîné et un historien au sein de sa collectivité. Le juge Arsenault a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] J’ai estimé et j’estime le témoignage de M. Sewell digne de foi et très utile à la Cour. J’ajouterais que le contre-interrogatoire n’en a nullement diminué la portée, et que le ministère public a choisi de ne pas le contredire au moyen de preuves documentaires ou du témoignage d’un autre historien. [p. 23]

Dans son témoignage, M. Sewell a expliqué les nombreux usages qui étaient faits du bois et qui continuent d’en être faits. Avec l’écorce interne du cèdre, on fabriquait des cordages, et on découpait des bandes d’écorce dont on se servait pour la construction des anciens canots d’écorce de bouleau. L’écorce de bouleau et de frêne servait à la confection de paniers. Le bouleau, le peuplier et l’épinette noire servaient à la fabrication de pagaies. Les restes de bois de bouleau et d’érable étaient utilisés comme bois de chauffage. Monsieur Sewell a indiqué que le bois de cèdre servait à la confection de tambours et que les peuples autochtones sculptaient le bois. Certaines figures de proue qui ornaient les premiers navires arrivés au Canada ont été réalisées par des Autochtones. Monsieur Sewell a parlé de l’installation de campements, et aussi de la fabrication de marmites en bois avec

or for gifts. He confirmed that the extraction of sap from maple and birch trees had been known to the Mi'kmaq for centuries (testimony of Gilbert Sewell, presented during examination-in-chief, October 4, 2000, pp. 16-19 (A.R., vol. I, at pp. 80-83)). Finally, he spoke of the practice of fashioning spears for fishing out of ash (A.R., vol. I, at p. 94).

Mr. Sewell concluded that, “[s]o, as far back as I can read in history or the oral tradition that has been passed down to me, it’s been — we’ve been always gathering and we’ve been always using wood as, as, as a way of life” (A.R., vol. I, at p. 81). This evidence detailing the many uses to which wood was put by the Mi'kmaq as a whole is important given the communal nature of aboriginal rights. The trial judge accepted this evidence as proof that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact Mi'kmaq way of life.

Before this Court, the Crown conceded in the *Sappier and Polchies* appeal that wood was important to the Maliseet for survival purposes in the pre-contact period (appellant’s factum, at para. 46). The Crown also acknowledged that “wood was undeniably used in many facets of aboriginal life” (*ibid.*). In the *Gray* appeal, the Crown similarly conceded that “wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival” (*ibid.*, at para. 44).

As in *Adams*, I infer from this evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was also significant, though undertaken primarily for survival purposes. Flexibility is important when engaging in the *Van der Peet* analysis because the object is to provide cultural security and continuity for the particular aboriginal society. This object gives context to the analysis. For this reason, courts must be prepared to draw necessary inferences

de gros rondins, dont les Autochtones évidaient le centre au ciseau après l’avoir brûlé. Il a ajouté que l’érable moucheté et l’érable madré servaient à fabriquer les manches de haches et les pagaies, qui étaient ensuite vendus ou offerts en cadeau. Il a confirmé que les Mi'kmaq recueillent la sève des érables et des bouleaux depuis des siècles (témoignage de Gilbert Sewell, interrogatoire principal, 4 octobre 2000, p. 16-19 (d.a., vol. I, p. 80-83)). Enfin, le témoin a expliqué la pratique de façonner le bois de frêne en lances pour la pêche (d.a., vol. I, p. 94).

En conclusion, M. Sewell a déclaré ceci : [TRADUCTION] « Donc, l’histoire ainsi que la tradition orale qui m’a été transmise révèlent, selon moi, que nous avons toujours récolté et utilisé le bois; c’était notre mode de vie » (d.a., vol. I, p. 81). Cette description détaillée des nombreux usages qui étaient faits du bois par l’ensemble des Mi'kmaq est importante, vu la nature collective des droits ancestraux. Pour le juge de première instance, ce témoignage établissait que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante du mode de vie des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens.

Devant notre Cour, le ministère public a admis, à l’égard du pourvoi *Sappier et Polchies*, que le bois était important pour la survie des Malécites pendant la période antérieure au contact (mémoire de l’appelant, par. 46). Le ministère public a également reconnu que le [TRADUCTION] « bois avait incontestablement de nombreux usages dans la vie des Autochtones » (*ibid.*). Dans le pourvoi *Gray*, le ministère public a de la même façon admis que « les Mi'kmaq utilisaient le bois pour assurer leur survie » (*ibid.*, par. 44).

Tout comme dans l’arrêt *Adams*, je déduis de ce témoignage que la récolte de bois à des fins domestiques était également une pratique importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. La souplesse s’impose lorsqu’on entreprend l’analyse retenue dans l’arrêt *Van der Peet*, puisque l’objectif est d’assurer la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone concernée. Cet objectif constitue le contexte de l’analyse. Pour

31

32

33

about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available.

cette raison, les tribunaux doivent, en l'absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive.

34

Flexibility is also important in the present cases with regard to the relevant time frame during which the practice must be found to have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society in question. It is settled law that the time period courts consider in determining whether the *Van der Peet* test has been met is the period prior to contact with the Europeans (see *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43, which modified the *Van der Peet* test insofar as it applies to the Métis although it affirmed it otherwise). As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, “[b]ecause it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights” (para. 60). Before this Court, the Attorney General of Nova Scotia, intervener, objected to some of Mr. Sewell’s evidence insofar as he did not specify to which time period he was referring when describing the uses to which harvested wood was put by the Mi’kmaq. In other words, it was respectfully submitted that it was unclear whether he was always describing pre-contact practices. In dismissing this concern, I need only repeat what was said in *Van der Peet*, and reiterated more recently in *Mitchell* at para. 29, about the adapted rules of evidence applicable in aboriginal rights litigation and the use of post-contact evidence to prove the existence and integrality of pre-contact practices:

Il est également important, dans les présentes affaires, de faire montre de souplesse relativement à la période pendant laquelle la pratique doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée. Il est bien établi en droit que la période antérieure au contact avec les Européens est celle que les tribunaux prennent en compte pour déterminer s’il a été satisfait au critère énoncé dans *Van der Peet* (voir *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, arrêt qui a modifié ce critère dans la mesure où il est appliqué aux Métis, tout en le confirmant par ailleurs). Le juge en chef Lamer a donné l’explication suivante dans *Van der Peet* : « Comme c’est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l’arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c’est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s’attacher dans l’identification des droits ancestraux. » (par. 60) Devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, partie intervenante, s’est opposé à certains des éléments du témoignage de M. Sewell, dans la mesure où ce dernier n’a pas précisé la période dont il parlait lorsqu’il a décrit les usages que les Mi’kmaq faisaient du bois récolté. En d’autres mots, il a été plaidé qu’il n’était pas clair que les pratiques décrites par le témoin étaient toutes antérieures au contact. Toutefois, pour rejeter cette objection, je n’ai qu’à répéter les propos tenus dans *Van der Peet* et réitérés plus récemment dans *Mitchell*, par. 29, au sujet de l’adaptation des règles de preuve applicables dans les litiges portant sur les droits ancestraux et au sujet de l’utilisation de preuves d’activités postérieures au contact pour établir que les pratiques en cause existaient avant le contact et faisaient partie intégrante de la culture :

That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about

Le fait qu’il s’agisse là de la période pertinente n’emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s’acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux

the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights. [para. 62]

#### 4.2.2 Whether a Practice Undertaken for Survival Purposes Can Be Considered Integral to an Aboriginal Community's Distinctive Culture

The principal issue on appeal is whether a practice undertaken for survival purposes can meet the integral to a distinctive culture test. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* trial concluded that it could not. Cain Prov. Ct. J. was of the view that:

The practice of using wood to construct shelters, irrespective of whether they were wigwams or wooden building or of using wood to make furniture, was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation in pre-European times. From the evidence adduced it is clear that they used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings. Any humane society who would have been living on the same lands in New Brunswick at the same time would have used wood and wood products for the same purpose. [para. 12]

In making these comments, Cain Prov. Ct. J. relied on a statement made by Lamer C.J. in *Van der Peet*, at para. 56:

To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes

coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, vouerait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens. [par. 62]

#### 4.2.2 Une pratique visant à assurer la survie peut-elle être considérée comme une partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone?

Les présents pourvois soulèvent principalement la question de savoir si une pratique visant à assurer la survie peut satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive. Dans *Sappier et Polchies*, le juge Cain de la Cour provinciale a répondu par la négative à cette question. Il a exprimé l'opinion suivante :

[TRADUCTION] La pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris, qu'il s'agisse de wigwams ou de bâtiments en bois, ou encore pour fabriquer des meubles, ne faisait en aucun cas partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première nation de Woodstock avant l'arrivée des Européens. La preuve qui a été produite indique clairement qu'ils utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient afin de construire des abris, des outils agricoles et peut-être même de fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers. Toute société humaine qui aurait vécu sur les mêmes terres au Nouveau-Brunswick à la même époque aurait utilisé du bois et des produits fabriqués avec du bois des forêts dans le même but. [par. 12]

Le juge Cain de la Cour provinciale fondait ses observations sur les propos suivants du juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 56 :

Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le

35

36

those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1). [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

Relying on this passage, Cain Prov. Ct. J. concluded that harvesting timber to construct a shelter was akin to eating to survive. This statement by Lamer C.J. appears to have resulted in considerable confusion as to whether a practice undertaken strictly for survival purposes can found an aboriginal right claim. However, further in his decision, Lamer C.J. clarifies that the pre-contact practice, custom or tradition relied on need not be distinct; it need only be distinctive. In so doing, he confirms that fishing for food can, in certain contexts, meet the integral to a distinctive culture test:

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow, supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is “distinct” or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow, supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1). [Emphasis deleted; para. 72.]

37 More recently, this Court has recognized a right to fish for food in *Adams* and in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. In *Adams*, the Court specifically noted

tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1). [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

S'appuyant sur ce passage, le juge Cain a conclu que le fait de récolter du bois pour construire un abri s'apparentait à manger pour survivre. Les propos susmentionnés du juge en chef Lamer semblent avoir semé beaucoup de confusion quant à la question de savoir si une pratique ayant pour seul but la survie peut fonder la revendication d'un droit ancestral. Plus loin dans ses motifs, le juge en chef Lamer précise pourtant que la coutume, pratique ou tradition antérieure au contact avec les Européens n'a pas à être distincte; il suffit qu'elle soit distinctive. Il confirme ainsi que pêcher à des fins alimentaires peut, dans certains contextes, satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive :

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est « distincte » ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1). [Soulignement omis; para. 72.]

Plus récemment, notre Cour a reconnu un droit de pêcher à des fins alimentaires dans *Adams* et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Dans *Adams*,

that fish were only important as a source of subsistence. In *Côté*, Lamer C.J. emphasized that “[f]ishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter” (para. 68). Moreover, this Court has previously suggested that the scope of s. 35 should extend to protect the means by which an aboriginal society traditionally sustained itself, and that the *Van der Peet* test emphasizes practices that are vital to the life of the aboriginal society in question: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, at para. 28, and *Mitchell*, at para. 12, respectively. I wish to clarify, however, that there is no such thing as an aboriginal right to sustenance. Rather, these cases stand for the proposition that the traditional *means* of sustenance, meaning the pre-contact practices relied upon for survival, can in some cases be considered integral to the distinctive culture of the particular aboriginal people.

I can therefore find no jurisprudential authority to support the proposition that a practice undertaken merely for survival purposes cannot be considered integral to the distinctive culture of an aboriginal people. Rather, I find that the jurisprudence weighs in favour of protecting the traditional means of survival of an aboriginal community.

McLachlin C.J. explained in *Mitchell* that in order to satisfy the *Van der Peet* test, the practice, custom or tradition must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal peoples, in the sense that

it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples’ identity. It must be a “defining feature” of the aboriginal society, such that the culture would be “fundamentally altered” without it. It must be a feature of “central significance” to the peoples’ culture, one that “truly made the society what it was” (*Van der Peet*, *supra*, at paras. 54-59 . . .). [Emphasis deleted; para. 12.]

As I have already explained, the purpose of this exercise is to understand the way of life of

la Cour a signalé que le poisson n’était important qu’à titre de denrée alimentaire. Dans *Côté*, le juge en chef Lamer a insisté tout particulièrement sur le fait que la « pêche était importante pour les Algonquins parce qu’elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l’hiver » (par. 68). En outre, notre Cour a déjà indiqué que la protection garantie par l’art. 35 devrait s’étendre aux moyens de subsistance traditionnels d’une société autochtone et que le critère énoncé dans *Van der Peet* met l’accent sur les pratiques nécessaires à la survie de la société autochtone en question : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 28, et *Mitchell*, par. 12, respectivement. Je tiens toutefois à préciser qu’il n’existe pas de droit ancestral à la subsistance. Ce qui ressort de ces arrêts, c’est plutôt que les *moyens* de subsistance traditionnels, soit les pratiques antérieures au contact sur lesquelles reposait la survie, peuvent dans certains cas être considérés comme une partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone visé.

En conséquence, il n’existe à mon avis aucune jurisprudence appuyant la thèse selon laquelle une pratique ayant pour seul but la survie ne saurait être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d’un peuple autochtone. La jurisprudence me semble plutôt favoriser la protection des moyens traditionnels de subsistance des collectivités autochtones.

Dans l’arrêt *Mitchell*, le juge en chef McLachlin a expliqué que pour satisfaire au critère établi dans *Van der Peet*, la coutume, pratique ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive autochtone, au sens où

elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s’agir d’une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu’elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59 . . .). [Soulignement omis; par. 12.]

Comme je l’ai déjà expliqué, il s’agit de comprendre le mode de vie d’une société autochtone

38

39

40



the particular aboriginal society, pre-contact, and to determine how the claimed right relates to it. This is achieved by founding the claim on a pre-contact practice, and determining whether that practice was integral to the distinctive culture of the aboriginal people in question, pre-contact. Section 35 seeks to protect integral elements of the way of life of these aboriginal societies, including their traditional means of survival. Although this was affirmed in *Sparrow, Adams and Côté*, the courts below queried whether a practice undertaken strictly for survival purposes really went to the core of a people's identity. Although intended as a helpful description of the *Van der Peet* test, the reference in *Mitchell* to a "core identity" may have unintentionally resulted in a heightened threshold for establishing an aboriginal right. For this reason, I think it necessary to discard the notion that the pre-contact practice upon which the right is based must go to the core of the society's identity, i.e. its single most important defining character. This has never been the test for establishing an aboriginal right. This Court has clearly held that a claimant need only show that the practice was integral to the aboriginal society's pre-contact distinctive culture.

spécifique, avant son contact avec les Européens, ainsi que le lien entre le droit revendiqué et ce mode de vie. Il convient pour cela de fonder la revendication sur une pratique antérieure au contact et de déterminer si cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné, avant son contact avec les Européens. L'article 35 vise à protéger des éléments qui font partie intégrante du mode de vie de ces sociétés autochtones, notamment leurs moyens de subsistance traditionnels. Bien que cela ait été confirmé dans *Sparrow, Adams et Côté*, les tribunaux d'instance inférieure se sont demandé si une pratique ayant pour seul but la survie pouvait réellement être au cœur de l'identité d'un peuple. L'expression « au cœur de leur identité » a été utilisée dans *Mitchell* comme une description utile du critère établi dans *Van der Peet*, mais peut-être a-t-elle eu involontairement pour effet de hausser la barre lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un droit ancestral. C'est pourquoi il est nécessaire, je pense, de dissiper l'idée que la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué doit être au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire constituer le trait distinctif le plus déterminant. La preuve de l'existence d'un droit ancestral n'a jamais été soumise à ce critère. Notre Cour a clairement décidé que le demandeur doit uniquement établir que la pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée avant son contact avec les Européens.

41 The notion that the pre-contact practice must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it, has also served in some cases to create artificial barriers to the recognition and affirmation of aboriginal rights. The trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution concluded that Maliseet culture would not have been fundamentally altered had wood not been available to it. In his opinion, "[t]he society would in all probability have used some other available material" (para. 14). In response, I would adopt the following comments made by Robertson J.A., on behalf of the Court of Appeal:

L'idée que la pratique antérieure au contact devrait être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle, a également créé, parfois, des obstacles artificiels à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux. Dans *Sappier et Polchies*, le juge du procès a conclu que la culture des Malécites n'aurait pas été fondamentalement modifiée si ce peuple n'avait pas disposé de bois. À son avis, [TRADUCTION] « [i]l est tout probable que cette société aurait utilisé un autre matériau » (par. 14). À cet égard, je fais miens les commentaires suivants, formulés par le juge Robertson au nom de la Cour d'appel :

... I am at a loss to speculate on what other natural resource might have been used had wood not been available. Snow houses would have provided New Brunswick's aboriginal societies with adequate shelter during the winter months only. Whether fish and wildlife by-products would have served as an alternative source of fuel, and an adequate one, is a question on which I need not speculate. There is also the question as to how the aboriginal societies of New Brunswick would have traversed the lakes and rivers of this Province, in pursuit of fish and wildlife, without the traditional means of transportation: canoes. [para. 91]

I further agree with Robertson J.A. that courts should be cautious in considering whether the particular aboriginal culture would have been fundamentally altered had the gathering activity in question not been pursued. The learned judge correctly notes that “[a] society that fishes for sustenance will survive even if it does not consume meat and the converse is equally true” (para. 92).

#### 4.2.3 Applying the *Van der Peet* Test: the Meaning of “Distinctive Culture”

This brings us to the question of what is meant by “distinctive culture”. As previously explained, this Court in *Van der Peet* set out to interpret s. 35 of the Constitution in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights. Lamer C.J. spoke of the “necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society” (para. 20). It is that aboriginal specificity which the notion of a “distinctive culture” seeks to capture. However, it is clear that “Aboriginality means more than interesting cultural practices and anthropological curiosities worthy only of a museum” (C. C. Cheng, “Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*” (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, at p. 434). R. L. Barsh and J. Y. Henderson argue that as a result of the *Van der Peet* decision, “‘culture’ has implicitly been taken to mean a fixed inventory of traits or characteristics” (“The Supreme Court’s *Van der Peet* Trilogy:

... je n’arrive pas à deviner quelle autre ressource naturelle on aurait pu utiliser si le bois n’avait pas été là. Les huttes en neige gelée auraient fourni aux sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick un abri suffisant, mais pour les mois d’hiver uniquement. Je n’ai pas à spéculer sur la question de savoir si le poisson et les dérivés de la faune auraient servi de source subsidiaire et suffisante de combustible. Il y a aussi la question de savoir comment les sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick auraient traversé les lacs et les rivières de notre province, à la recherche du poisson et des animaux de la faune, sans le moyen traditionnel de transport que constituaient les canots. [par. 91]

À l’instar du juge Robertson, j’estime également que les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit de déterminer si la culture visée aurait été fondamentalement modifiée dans l’hypothèse où l’activité de récolte en cause n’aurait pas existé. Le juge fait à juste titre remarquer que la « société qui pêche pour assurer sa subsistance survivra, même si elle ne mange pas de viande, et le contraire est tout aussi vrai » (par. 92).

#### 4.2.3 Application du critère énoncé dans *Van der Peet* : signification de l’expression « culture distinctive »

Nous devons maintenant nous interroger sur le sens de l’expression « culture distinctive ». Comme je l’ai expliqué précédemment, dans *Van der Peet* notre Cour a voulu définir la portée de l’art. 35 de la Constitution d’une manière qui permette de cerner à la fois l’aspect « ancestral » et l’aspect « droit » dans l’expression « droits ancestraux ». Le juge en chef Lamer a parlé de la « nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne » (par. 20). C’est cette spécificité autochtone qui est visée par la notion de « culture distinctive ». Toutefois, [TRADUCTION] « l’autochtonité ne se résume manifestement pas à des pratiques culturelles intéressantes et des curiosités anthropologiques dignes uniquement d’un musée » (C. C. Cheng, « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, p. 434). R. L. Barsh et J. Y. Henderson soutiennent que, du fait de l’arrêt *Van der Peet*, la notion de

Naive Imperialism and Ropes of Sand” (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1002).

[TRADUCTION] « “culture” est désormais comprise, implicitement, comme une liste figée de traits ou de caractéristiques » (« The Supreme Court’s *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1002).

43 Many of these concerns echo those expressed by McLachlin J. (as she then was) and by L’Heureux-Dubé J. in dissenting opinions in *Van der Peet*. L’Heureux-Dubé J. was of the view that “[t]he approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted” (para. 150). McLachlin J. opined that “different people may entertain different ideas of what is distinctive”, thereby creating problems of indeterminacy in the *Van der Peet* test (para. 257).

Bon nombre de ces préoccupations correspondent à celles exprimées en dissidence par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Van der Peet*. De l’avis de la juge L’Heureux-Dubé, la « méthode fondée sur l’examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s’attache qu’à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isole de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées » (par. 150). La juge McLachlin a exprimé l’avis qu’il y a des « conceptions individuelles de ce qui est distinctif », ce qui soulève le problème de l’indétermination eu égard au critère établi dans *Van der Peet* (par. 257).

44 Culture, let alone “distinctive culture”, has proven to be a difficult concept to grasp for Canadian courts. Moreover, the term “culture” as it is used in the English language may not find a perfect parallel in certain aboriginal languages. Barsh and Henderson note that “[w]e can find no precise equivalent of European concepts of ‘culture’ in Mi’kmaq, for example. How we maintain contact with our traditions is *tan’telo’tlieki-p*. How we perpetuate our consciousness is described as *tlilnuo’lti’k*. How we maintain our language is *tlinuuta’sim*. Each of these terms connotes a process rather than a thing” (p. 1002, note 30). Ultimately, the concept of culture is itself inherently cultural.

Il s’est avéré difficile pour les tribunaux canadiens de saisir la notion de culture, sans parler de celle de « culture distinctive ». En outre, le terme « culture » utilisé dans la langue française n’a sans doute pas d’équivalent parfait dans certaines langues autochtones. Barsh et Henderson signalent qu’[TRADUCTION] « [o]n ne trouve pas dans la langue mi’kmaq, par exemple, un équivalent précis des concepts européens de “culture”. Demeurer en contact avec nos traditions, c’est *tan’telo’tlieki-p*. Perpétuer notre conscience, c’est *tlilnuo’lti’k*. Maintenir notre langue, c’est *tlinuuta’sim*. Chacun de ces termes comporte l’idée d’un processus plutôt que d’une chose » (p. 1002, note 30). En fin de compte, la notion de culture est en soi un phénomène intrinsèquement culturel.

45 The aboriginal rights doctrine, which has been constitutionalized by s. 35, arises from the simple fact of prior occupation of the lands now forming Canada. The “integral to a distinctive culture” test must necessarily be understood in this context. As L’Heureux-Dubé J. explained in dissent in *Van der Peet*, “[t]he ‘distinctive aboriginal culture’ must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands:

La doctrine des droits ancestraux, constitutionnalisée par l’art. 35, découle du simple fait de l’occupation antérieure des terres qui forment aujourd’hui le Canada par les peuples autochtones. C’est nécessairement dans ce contexte qu’il faut comprendre le critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». Comme l’a expliqué la juge L’Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, « [l]’expression “culture autochtone distinctive” doit être considérée comme tenant compte du fait que,

*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, supra, at p. 328, per Judson J., and *Guerin*, supra, at p. 379, per Dickson J. (as he then was)” (para. 159). The focus of the Court should therefore be on the *nature* of this prior occupation. What is meant by “culture” is really an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including their means of survival, their socialization methods, their legal systems, and, potentially, their trading habits. The use of the word “distinctive” as a qualifier is meant to incorporate an element of aboriginal specificity. However, “distinctive” does not mean “distinct”, and the notion of aboriginality must not be reduced to “racialized stereotypes of Aboriginal peoples” (J. Borrows and L. I. Rotman, “The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, at p. 36).

In post-hearing submissions to the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* case, the Crown admitted that gathering birch bark for the construction of canoes or hemlock for basket-making were practices likely integral to the distinctive Maliseet culture (para. 94). But it would be a mistake to reduce the entire pre-contact distinctive Maliseet culture to canoe-building and basket-making. To hold otherwise would be to fall in the trap of reducing an entire people’s culture to specific anthropological curiosities and, potentially, racialized aboriginal stereotypes. Instead, the Court must first inquire into the way of life of the Maliseet and Mi’kmaq, pre-contact. As previously explained, these were migratory communities using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation and living essentially from hunting and fishing. The Court must therefore seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon relates to that way of life. In the present cases, the practice of harvesting wood for domestic uses including shelter, transportation, fuel and tools is directly related to the way of life I have just described. I have already explained that

en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) » (par. 159). La Cour devrait donc concentrer son attention sur la *nature* de cette occupation antérieure. Pour savoir ce que signifie la « culture », il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d’une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone. Toutefois, « distinctif » n’a pas le sens de « distinct », et la notion d’autochtonité ne saurait être réduite à des [TRADUCTION] « stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones » (J. Borrows et L. I. Rotman, « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, p. 36).

Dans des observations soumises à la Cour d’appel après l’audience dans l’affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a admis que la récolte d’écorce de bouleau pour la construction de canots, ou de pruche pour la confection de paniers, constituait une pratique qui faisait vraisemblablement partie intégrante de la culture distinctive des Malécites (par. 94). Mais ce serait une erreur de réduire à la construction de canots et à la confection de paniers la totalité de la culture malécite distinctive antérieure au contact. On tomberait alors dans le piège consistant à réduire la culture entière d’un peuple à des curiosités anthropologiques et, éventuellement, à des stéréotypes racialisés envers les Autochtones. Au lieu de cela, la Cour doit d’abord déterminer quel était le mode de vie des Malécites et des Mi’kmaq, avant l’arrivée des Européens. Comme on l’a vu, il s’agissait de peuples nomades qui utilisaient les rivières et les lacs de l’Est du Canada pour se déplacer et qui vivaient essentiellement de la chasse et de la pêche. La Cour doit donc tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication.

we must discard the idea that the practice must go to the core of a people's culture. The fact that harvesting wood for domestic uses was undertaken for survival purposes is sufficient, given the evidence adduced at trial, to meet the integral to a distinctive culture threshold.

47 I therefore conclude that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact distinctive culture of both the Maliseet and Mi'kmaq peoples.

#### 4.3 *Continuity of the Claimed Right With the Pre-Contact Practice*

48 Although the nature of the *practice* which founds the aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture of the particular aboriginal community, the nature of the *right* must be determined in light of present-day circumstances. As McLachlin C.J. explained in *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, at para. 25, “[l]ogical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means.” It is the practice, along with its associated uses, which must be allowed to evolve. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into a right to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. Any other conclusion would freeze the right in its pre-contact form.

49 Before this Court, the Crown submitted that “[l]arge permanent dwellings, constructed from multi-dimensional wood, obtained by modern methods of forest extraction and milling of lumber, cannot resonate as a Maliseet aboriginal right, or as a proper application of the logical evolution principle”, because they are not grounded in traditional

Dans les présentes affaires, la pratique de récolter du bois à des fins domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils, est directement reliée au mode de vie que je viens de décrire. Comme je l'ai expliqué précédemment, il faut rejeter l'idée selon laquelle la pratique doit être au cœur de la culture d'un peuple. Le fait que le bois ait été récolté à des fins domestiques afin d'assurer la survie est suffisant, compte tenu de la preuve présentée au procès, pour que le critère de la partie intégrante de la culture distinctive soit rempli.

Par conséquent, je conclus que la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq.

#### 4.3 *Continuité entre le droit revendiqué et la pratique antérieure au contact*

Bien qu'il faille examiner la nature de la *pratique* sur laquelle repose la revendication de droit ancestral dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone spécifique avant son contact avec les Européens, la nature du *droit*, quant à elle, doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25, la juge en chef McLachlin s'est exprimée ainsi : « L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. » Il faut permettre l'évolution de la pratique ainsi que de ses formes connexes. Le droit de récolter du bois pour la construction d'abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d'une habitation moderne. Toute autre conclusion aurait pour effet de figer le droit dans sa forme antérieure au contact.

Devant notre Cour, le ministère public a soutenu que [TRADUCTION] « les grandes unités d'habitation permanentes, construites avec du bois multidimensionnel obtenu au moyen de méthodes modernes d'exploitation forestière, de conversion primaire et d'usinage, ne sauraient être associées à un droit ancestral malécite ni à une application légitime du

Maliseet culture (appellant's factum in *Sappier and Polchies* appeal at para. 76; appellant's factum in *Gray* appeal at para. 80). I find this submission to be contrary to the established jurisprudence of this Court, which has consistently held that ancestral rights may find modern form: *Mitchell*, at para. 13. In *Sparrow*, Dickson C.J. explained that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time" (p. 1093). Citing Professor Slattery, he stated that "the word 'existing' suggests that those rights are 'affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour'" (p. 1093, citing B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 782). In *Mitchell*, McLachlin C.J. drew a distinction between the particular aboriginal right, which is established at the moment of contact, and its expression, which evolves over time (para. 13). L'Heureux-Dubé J. in dissent in *Van der Peet* emphasized that "aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live" (para. 172). If aboriginal rights are not permitted to evolve and take modern forms, then they will become utterly useless. Surely the Crown cannot be suggesting that the respondents, all of whom live on a reserve, would be limited to building wigwams. If such were the case, the doctrine of aboriginal rights would truly be limited to recognizing and affirming a narrow subset of "anthropological curiosities", and our notion of aboriginality would be reduced to a small number of outdated stereotypes. The cultures of the aboriginal peoples who occupied the lands now forming Canada prior to the arrival of the Europeans, and who did so while living in organized societies with their own distinctive ways of life, cannot be reduced to wigwams, baskets and canoes.

principe de l'évolution logique », parce qu'elles ne reposent pas sur la culture traditionnelle malécite (mémoire de l'appelant dans *Sappier et Polchies*, par. 76; mémoire de l'appelant dans *Gray*, par. 80). Cette argumentation va selon moi à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour, qui a toujours conclu à la possibilité d'une expression moderne des droits ancestraux : *Mitchell*, par. 13. Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson a expliqué que « l'expression "droits ancestraux existants" doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps » (p. 1093). Citant le professeur Slattery, il a précisé que le « mot "existants" laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] "confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives" » (p. 1093, citant B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 782). Dans *Mitchell*, la juge en chef McLachlin a fait la distinction entre un droit ancestral spécifique, dont l'existence est établie au moment du contact, et son expression, qui évolue au fil du temps (par. 13). Dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, la juge L'Heureux-Dubé a souligné l'importance de « permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent » (par. 172). Si l'on ne permet pas aux droits ancestraux d'évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles. Le ministère public ne prétend sûrement pas que les intimés, qui vivent tous sur une réserve, ne sont autorisés qu'à construire des wigwams. Car, dans ce cas, la doctrine des droits ancestraux ne servirait en réalité qu'à reconnaître et à confirmer un sous-ensemble restreint de « curiosités anthropologiques », et notre conception de l'autochtonité se réduirait à un petit nombre de stéréotypes dépassés. Les cultures des peuples autochtones qui occupaient, avant l'arrivée des Européens, le territoire formant aujourd'hui le Canada, et qui y constituaient des sociétés organisées avec leurs modes de vie distinctifs, ne sauraient être réduites à des wigwams, à des paniers et à des canots.

#### 4.4 *The Site-Specific Requirement*

50 This Court has imposed a site-specific requirement on the aboriginal hunting and fishing rights it recognized in *Adams, Côté, Mitchell*, and *Powley*. Lamer C.J. explained in *Adams*, at para. 30, that

if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question. [Emphasis deleted.]

51 The characterization of the claimed right in the present cases, as in *Adams, Côté* and *Mitchell*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Maliseet and Mi'kmaq cultures should be assessed on this basis: *Mitchell*, at para. 59. I agree with Robertson J.A. in the *Sappier and Polchies* decision that “[t]his result is hardly surprising once it is recognized that all harvesting activities are land and water based” (para. 50).

52 At the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown conceded that “the issue of territoriality does not arise in the trial of the Defendants on the charge set out herein” (Agreed Statement of Facts at para. 12, reproduced in the trial decision at p. 296). Moreover, in its reply to the defendants’ Notice of Contention, the Crown addressed the question of whether the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this practice. The Crown responded: “This question would not appear to be an issue as wood was gathered at will within the traditional Maliseet territory” (reproduced in the reasons of the Court of Appeal at para. 71). Territoriality is therefore not at issue in the *Sappier and Polchies* prosecution.

#### 4.4 *Condition relative aux sites spécifiques*

Notre Cour a restreint à des sites spécifiques l’application des droits ancestraux de chasse et de pêche reconnus dans *Adams, Côté, Mitchell* et *Powley*. Le juge en chef Lamer a donné l’explication suivante, au par. 30 de l’arrêt *Adams* :

... si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l’époque, le droit de chasse ancestral — même s’il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu’il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n’importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question. [Soulignement omis.]

Tout comme dans *Adams, Côté* et *Mitchell*, la caractérisation du droit revendiqué dans les présents pourvois comporte nécessairement un élément géographique, et c’est sur cette base qu’il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante des cultures malécites et mi’kmaq : *Mitchell*, par. 59. À l’instar du juge Robertson dans *Sappier et Polchies*, j’estime que « [c]e résultat n’est plus étonnant une fois que l’on reconnaît que toutes les activités de récolte s’exercent en fonction de la terre et de l’eau » (par. 50).

Au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a concédé que la [TRADUCTION] « question de la territorialité n’est pas en cause dans le procès des défendeurs relativement à l’accusation énoncée aux présentes » (exposé conjoint des faits, par. 12, reproduit dans le jugement de première instance, p. 296). En outre, dans sa réplique à l’avis de désaccord des défendeurs, le ministère public a donné la réponse suivante à la question de savoir si les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin : « Cette question ne semblerait pas constituer une question en litige puisque le bois était cueilli à volonté dans les limites du territoire malécite traditionnel » (passage reproduit dans les motifs de la Cour d’appel, par. 71). La territorialité n’est donc pas en cause dans l’affaire *Sappier et Polchies*.

In the *Gray* trial, the trial judge accepted Mr. Sewell's evidence that the Mi'kmaq had traditionally used the Crown lands in question for the purpose of tree harvesting. The Court of Appeal noted that the Crown did not dispute this finding (para. 15). I would conclude on this basis that Mr. Gray has established an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for this purpose by members of the Pabineau First Nation.

#### 4.5 *Infringement and Justification*

In the *Sappier and Polchies* litigation, the Crown accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the test set out in *Sparrow* and in *Badger* (Court of Appeal reasons, at para. 3). The Crown did not argue otherwise before this Court. Before the Court of Appeal in the *Gray* case, the Crown did not challenge the trial judge's conclusions that the impugned legislation infringed the right and that the Crown had failed to justify the infringement (para. 26).

The aboriginal right to harvest wood for domestic uses is subject to regulation pursuant to the ordinary rules applicable in that regard. However, given that the Crown did not attempt to justify the infringement in the present cases, this is a question that need not be addressed in the circumstances of these appeals.

#### 4.6 *Extinguishment*

The Crown did not allege before the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* litigation that the aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation (see Court of Appeal reasons, at para. 3). The argument was raised at trial, but not advanced on appeal because of that Court's decision in *Bernard*, in which the Crown had argued that any right of the Miramichi Mi'kmaq to cut logs on Crown lands as an aspect

Dans l'affaire *Gray*, le juge du procès a retenu le témoignage de M. Sewell selon lequel les Mi'kmaq avaient traditionnellement utilisé, pour la récolte d'arbres, les terres de la Couronne en cause. La Cour d'appel a fait remarquer que le ministère public n'a pas contesté cette conclusion (par. 15). Pour cette raison, je concluais que M. Gray a établi l'existence d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à ces fins par les membres de la Première Nation de Pabineau.

#### 4.5 *Atteinte et justification*

Dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a reconnu que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit revendiqué et que l'atteinte ne pouvait être justifiée suivant le critère établi dans les arrêts *Sparrow* et *Badger* (motifs de la Cour d'appel, par. 3). Le ministère public n'a pas plaidé différemment devant notre Cour. En Cour d'appel, dans l'affaire *Gray*, le ministère public n'a pas contesté les conclusions du juge du procès voulant que les dispositions législatives en cause portaient atteinte au droit concerné et que le ministère public n'était pas parvenu à justifier cette atteinte (par. 26).

Le droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques est assujéti à la réglementation normalement applicable en la matière. Toutefois, comme le ministère public n'a pas tenté de justifier l'atteinte dans les présentes affaires, cette question n'a pas à être abordée dans le cadre de ces pourvois.

#### 4.6 *Extinction*

Devant la Cour d'appel dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public n'a pas prétendu que le droit issu de traités s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives (voir les motifs de la Cour d'appel, par. 3). L'argument avait été invoqué au procès, mais il ne l'a pas été devant la Cour d'appel en raison de la décision de celle-ci dans *Bernard*. Dans cette affaire, le ministère public avait fait valoir qu'une série de quatre

53

54

55

56



of their aboriginal title over the area in question had been extinguished by the same series of four pre-Confederation statutes enacted by the province of New Brunswick between 1837 and 1862 (*per* Robertson J.A., at para. 177). The argument was advanced on appeal in the *Gray* case, where Robertson J.A. explicitly held that:

My concurring opinion and that of Justice Daigle in *Bernard* is a sufficient basis for purposes of disposing of any argument that an existing aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation provincial legislation: see *Bernard* at paras. 176-179 and 523-541. [para. 25]

57 The Crown bears the burden of proving extinguishment. Before this Court, it relied on four pre-Confederation statutes enacted by the New Brunswick legislature between 1840 and 1862 as evidence of the Crown's intent to extinguish any aboriginal right to harvest wood. A clear intent is necessary in order to extinguish aboriginal rights. However, that intent need not be express and therefore aboriginal rights may also be extinguished implicitly: *Sparrow*, at p. 1099; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paras. 31 and 34.

58 First, it must be emphasized that during the colonial period, the power to extinguish aboriginal rights rested with the Imperial Crown: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 15. Given the submissions advanced on behalf of the respondents and the Assembly of First Nations, interveners, it is not at all clear that the colonial legislature of New Brunswick was ever granted the legal authority by the Imperial Crown to extinguish aboriginal rights. I do not deal with this argument in any detail as I conclude that the pre-Confederation legislation does not indicate a clear intention to extinguish aboriginal rights.

59 The legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment is primarily regulatory in nature, although it does introduce prohibitions and create

lois préconfédératives adoptées par la province du Nouveau-Brunswick de 1837 à 1862 avaient éteint tout droit des Mi'kmaq de la Miramichi de couper du bois sur des terres de la Couronne en tant qu'aspect de leur titre aborigène sur la région en question (le juge Robertson, par. 177). L'argument a été plaidé en appel dans l'affaire *Gray*, mais le juge Robertson a été très clair :

Mes motifs concordants et ceux du juge Daigle dans l'arrêt *Bernard* constituent un fondement suffisant pour permettre de disposer d'un argument selon lequel un droit ancestral existant a été éteint par des lois préconfédératives ou postconfédératives : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 176 à 179 et 523 à 541. [par. 25]

Il incombe au ministère public de faire la preuve de l'extinction. Devant notre Cour, il a présenté quatre lois préconfédératives adoptées par l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick de 1840 à 1862 comme preuve de l'intention de la Couronne d'abolir tout droit ancestral de récolter du bois. L'intention d'éteindre des droits ancestraux doit être claire. Toutefois, cette intention n'a pas à être expresse, si bien que des droits ancestraux peuvent aussi être éteints d'une façon implicite : *Sparrow*, p. 1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 31 et 34.

Premièrement, il convient de souligner que, pendant la période coloniale, c'est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d'éteindre les droits ancestraux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 15. Compte tenu de l'argumentation présentée au nom des intimés et de l'Assemblée des Premières Nations, partie intervenante, il n'est pas clair du tout que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l'époque coloniale le pouvoir d'abolir des droits ancestraux. Je ne m'attarde pas sur cette argumentation, parce que j'arrive à la conclusion que les lois préconfédératives ne révèlent pas une intention claire d'éteindre les droits ancestraux.

Les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l'extinction participent principalement de la réglementation, même

misdeameanour offences. The earlier legislation aimed to penalize those who harvested timber on Crown lands without permission. Starting in 1850, the statutes sought to strengthen the rights of Crown lessees and licensees by providing the legal method by which they could regain timber which had been unlawfully taken. The Crown relies in particular on the 1862 amendment, which defined the rights of licensees as existing notwithstanding “any law, usage or custom to the contrary thereof” (S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24).

Following this Court’s decision in *Sparrow*, the regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. As Lamer C.J. explained in *Delgamuukw*, at para. 180, “[i]n [*Sparrow*], the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been ‘necessarily inconsistent’ with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights.” The same distinction was made in *Gladstone*, where the Court explained that a varying regulatory scheme that at times entirely prohibited aboriginal peoples from harvesting herring spawn on kelp could not be said to express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal rights of the appellants and of the Heiltsuk Band. Lamer C.J. concluded that, “[a]s in *Sparrow*, the Crown has only demonstrated that it controlled the fisheries, not that it has acted so as to delineate the extent of aboriginal rights” (para. 34).

For this reason, I find that the Crown has not discharged its onus of proving that the aboriginal right to harvest wood for domestic uses has been extinguished.

s’ils créent des interdictions et des délits mineurs. Le plus ancien texte visait à pénaliser les personnes qui récoltaient des arbres sur les terres de la Couronne sans autorisation. À partir de 1850, les lois avaient pour objectif de renforcer les droits des preneurs à bail et titulaires de permis de la Couronne, en établissant le moyen juridique par lequel ils pouvaient récupérer le bois enlevé sans autorisation. Le ministère public se fonde tout particulièrement sur la modification de 1862, qui précisait que le droit des titulaires de permis existait malgré [TRADUCTION] « les règles de droit, usages ou coutumes à l’effet contraire » (S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24).

Après la décision rendue par notre Cour dans *Sparrow*, le recours à un régime de permis pour réglementer la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d’une intention claire d’éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. Dans *Delgamuukw*, par. 180, le juge en chef Lamer a déclaré : « Dans [*Sparrow*], la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être “nécessairement incompatibles” avec l’exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. » La même distinction a été faite dans *Gladstone*, où la Cour a expliqué qu’il n’était pas possible d’affirmer qu’un régime de réglementation changeant, qui à certains moments interdisait complètement aux Autochtones de récolter de la roque de hareng sur varech, indiquait une intention claire d’abolir les droits ancestraux des appelants et de la bande des Heiltsuk. Le juge en chef Lamer a conclu que, « [c]omme dans *Sparrow*, le ministère public a tout au plus démontré que l’État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l’étendue des droits ancestraux » (par. 34).

Pour ce motif, je conclus que le ministère public n’a pas fait la preuve, comme il lui incombait, de l’extinction du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques.

### 5. The Treaty Right Claim

62 As part of the agreed statement of facts put before the Court in the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown admitted that the Treaty of 1725 and the ratification thereof in 1726 are valid Treaties and that the defendants are beneficiaries of those Treaties. The Crown's concession about the validity of the Treaty is one of law. This Court has recognized that it is not bound by concessions of law: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45. Nonetheless, the fact that this concession occurred in the context of a criminal prosecution raises fundamental fairness concerns.

63 The onus of proving that a treaty right has been extinguished rests with the Crown, and not with the claimant: *Badger*, at para. 41; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1061; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404. The Crown's concession in this regard is akin to it leading no evidence with respect to extinguishment, insofar as it bears the burden of proof in this respect. The concession was made at the beginning of trial, although the Crown's own witness, Dr. Stephen Patterson, presented contradictory evidence with respect to the validity of the 1725 Treaty. The defendants, Messrs. Sappier and Polchies, have rightly relied on this concession since trial. It is fundamental to their defence that they were not in unlawful possession of Crown timber because they were exercising a valid treaty right to harvest timber for personal use.

64 Although I would not discourage concessions regarding the applicable law in a criminal prosecution, the Crown's concession in the present case has important implications outside the Province of New Brunswick. The Treaty of 1725 was negotiated in Boston by the Penobscots and ratified by Mi'kmaq representatives at Annapolis Royal, Nova Scotia, in 1726 (see W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), at pp. 28, 86 and 89; S. E. Patterson, "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41, at pp. 51 and 55). As New Brunswick was not

### 5. La revendication d'un droit issu de traités

Dans l'exposé conjoint des faits présenté au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a reconnu que le Traité de 1725 et les ratifications de 1726 sont valides et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Cette admission du ministère public relativement à la validité du Traité porte sur une question de droit. Or, notre Cour a reconnu qu'elle n'est pas liée par les admissions sur une question de droit : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45. Néanmoins, cette admission ayant été faite dans le contexte d'une poursuite pénale, elle soulève des questions d'équité fondamentale.

Il appartient au ministère public et non au demandeur de prouver l'extinction d'un droit issu de traités : *Badger*, par. 41; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1061; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 406; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404. Par son admission à cet égard, le ministère public choisit en quelque sorte de ne pas présenter de preuve sur la question de l'extinction, dans la mesure où le fardeau de la preuve s'y rapportant lui incombe. L'admission a été faite au début du procès, même si le témoin du ministère public, le professeur Stephen Patterson, a tenu des propos contradictoires en ce qui concerne la validité du Traité de 1725. Les défendeurs, MM. Sappier et Polchies, invoquent à juste titre cette admission depuis le procès. Un élément fondamental de leur défense consiste à soutenir qu'ils n'étaient pas en possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, parce qu'ils exerçaient un droit valide — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles.

Sans vouloir déconseiller les admissions relatives au droit applicable dans le cadre d'une poursuite pénale, j'estime que l'admission du ministère public en l'espèce a d'importantes incidences à l'extérieur de la province du Nouveau-Brunswick. Le Traité de 1725 a été négocié à Boston par les Penobscots et a été ratifié en 1726 par les représentants mi'kmaq à Annapolis Royal en Nouvelle-Écosse (voir W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), p. 28, 86 et 89; S. E. Patterson, « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41, p. 51 et 55). Le

recognized as a separate colony until the partition of Nova Scotia in 1784, it was Nova Scotia which negotiated on behalf of the British Crown with the aboriginal peoples of the region: Patterson, at pp. 45-46. The precise boundaries of British Nova Scotia following the 1713 *Treaty of Utrecht*, and the intended geographic scope of the 1725 Treaty, are complex issues which have yet to be historically or judicially resolved (see Wicken, at p. 101; Patterson, at pp. 42-46). These issues, along with the validity of the 1725 Treaty, were recently the subject of judicial consideration in the Province of Newfoundland and Labrador. In *Newfoundland v. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, the trial judge concluded that the 1725-1726 Treaties have no legal force insofar as they were terminated by subsequent hostilities between the Mi'kmaq and the British. Alternatively, he held that the 1725 Treaty by its express terms did not apply to Newfoundland, and that, in any event, the scope of the Treaty should be interpreted as restricted to territory within the jurisdiction of the Governor of Nova Scotia. An appeal from that judgment was dismissed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). I raise this case only to illustrate the contentious nature of the Crown's concession in the *Sappier and Polchies* trial and its potential implications outside the Province of New Brunswick. I do not wish to be taken as pronouncing on the validity or geographical scope of the 1725 Treaty.

Given the Court's decision on the aboriginal rights issue, there is no need to consider the treaty right claim in further detail.

#### 6. Incorporation of Extrinsic Evidence by the Court of Appeal

Before concluding, I wish to address the Crown's argument that Robertson J.A. on behalf of the Court of Appeal inappropriately incorporated extrinsic evidence into his reasons for judgment. The dispute over the alleged incorporation of extrinsic evidence

Nouveau-Brunswick n'ayant pas été reconnu comme une colonie distincte avant la partition de la Nouvelle-Écosse en 1784, c'est la Nouvelle-Écosse qui a négocié avec les peuples autochtones de la région au nom de la Couronne britannique : Patterson, p. 45-46. Les limites territoriales précises de la Nouvelle-Écosse après la signature du *Traité d'Utrecht* en 1713 et la portée géographique du *Traité* de 1725 envisagée lors de sa conclusion sont des questions complexes qui n'ont pas encore trouvé de solution historique ou judiciaire (voir Wicken, p. 101; Patterson, p. 42-46). Ces questions, ainsi que la validité du *Traité* de 1725, ont été soumises récemment à l'examen des tribunaux de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans l'arrêt *Newfoundland c. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, le juge de première instance a conclu que les *Traités* de 1725 et 1726 sont sans effet juridique dans la mesure où des hostilités ultérieures entre les Mi'kmaq et les Britanniques y ont mis fin. Subsidiairement, le juge a estimé que, du fait de son libellé explicite, le *Traité* de 1725 ne s'appliquait pas à Terre-Neuve et que, de toute façon, sa portée devrait être restreinte au territoire qui était sous l'autorité du gouverneur de la Nouvelle-Écosse. L'appel formé contre le jugement rendu dans cette affaire a été rejeté par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). Je fais mention de cette cause uniquement pour illustrer la nature litigieuse de l'admission faite par le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies et ses répercussions possibles à l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Je tiens à préciser que je ne me prononce pas sur la validité ni sur la portée géographique du *Traité* de 1725.

Étant donné la décision de la Cour sur la question des droits ancestraux, il n'est pas nécessaire d'examiner plus à fond la question du droit issu de traités.

#### 6. Incorporation d'une preuve extrinsèque par la Cour d'appel

Avant de conclure, je voudrais examiner l'argument du ministère public suivant lequel le juge Robertson, au nom de la Cour d'appel, aurait incorporé à tort une preuve extrinsèque dans ses motifs de décision. Le différend sur l'incorporation d'une

65

66

arises partly out of Robertson J.A.'s reasons in the *Sappier and Polchies* case:

The Crown admitted that the *Treaty of 1725*, which includes the promises of Major Paul Mascarene and the ratifications of 1726 (hereafter the *Mascarene Treaty*) is valid and subsisting, and that the defendants are beneficiaries of that *Treaty*. The historical events leading up to and surrounding the signing of this "Peace and Friendship" treaty are set out in *R. v. Bernard (J.)* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1 . . . (C.A.), and in Professor Patterson's article, *Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 U.N.B.L.J. 41. [Emphasis added; para. 5.]

67

The Crown also objects to para. 19 of Robertson J.A.'s reasons in the *Gray* decision:

Applying *Sappier and Polchies*, I agree with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. Just as hunting and fishing for food are essential to survival, so too was the need for shelter to protect against the natural elements and for fuel to generate sufficient warmth. Moreover, the use of artifacts crafted from wood in pursuit of an aboriginal lifestyle is well documented. One need only turn to the use of the canoe in aboriginal societies in New Brunswick to appreciate the significance and importance of trees. From the decision of this Court in *Bernard* at para. 370, we know that at the time of contact with Europeans the Mi'kmaq were a hunting and fishing people who migrated seasonally from their inland hunting grounds to the coast for summer fishing. The reality that trees provided them with a practical means of constructing a convenient mode of transport for purposes of traversing New Brunswick's intricate network of waterways is well-documented. Had the Mi'kmaq not harvested wood from time immemorial, surely that aboriginal society would have been fundamentally altered. Finally, one cannot seriously argue that the harvesting of wood for personal use was merely incidental or marginal to the Mi'kmaq culture, in the sense that it was an activity that occurred infrequently. History tells us otherwise: see *Bernard* at paras. 490, 495 and 497, in which the same findings were made of those Mi'kmaq communities of the Miramichi. [Emphasis added.]

preuve extrinsèque découle en partie des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Sappier et Polchies* :

La Couronne a admis que le *Traité de 1725*, qui comprend les promesses faites par le major Paul Mascarene et les ratifications de 1726 (ci-après le *Traité de Mascarene*), est valide et en vigueur et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Les événements historiques qui ont mené à la signature de ce traité « de paix et d'amitié » et qui l'ont entourée sont relatés dans l'arrêt *R. c. Bernard (J.)* (2003), 262 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 [. . .] (C.A.), ainsi que dans l'article du professeur Patterson intitulé *Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 R.D.U.N.-B. 41. [Je souligne; par. 5.]

Le ministère public a également soulevé une objection en ce qui concerne le par. 19 des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Gray* :

Appliquant l'arrêt *Sappier et Polchies*, je fais mienne la conclusion du juge du procès selon laquelle la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. Tout comme la chasse et la pêche pour se nourrir sont essentielles à la survie, il en était de même du besoin de disposer d'un abri pour se protéger contre les éléments naturels et de combustible pour produire une chaleur suffisante. De surcroît, l'utilisation d'artefacts fabriqués à l'aide du bois pour assurer le maintien d'un mode de vie autochtone est bien documentée. Il suffit de considérer l'utilisation du canot dans les sociétés autochtones au Nouveau-Brunswick pour se convaincre de la signification et de l'importance des arbres. La décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Bernard*, au paragraphe 370, nous permet d'apprendre que, à l'époque du contact avec les Européens, les Mi'kmaq formaient un peuple de chasseurs et de pêcheurs qui émigrerait saisonnièrement de ses territoires de chasse intérieurs vers la côte pour se livrer à la pêche estivale. La réalité qui veut que les arbres leur procuraient un moyen pratique de construire un mode de transport commode pour pouvoir traverser le réseau complexe de voies navigables au Nouveau-Brunswick est très bien documentée. Si les Mi'kmaq n'avaient pas récolté de bois depuis des temps immémoriaux, il ne fait aucun doute que cette société autochtone aurait été fondamentalement modifiée. Enfin, on ne peut pas prétendre sérieusement que la récolte de bois à des fins personnelles constituait uniquement un élément d'importance secondaire ou marginale de la culture mi'kmaq en ce sens que c'était une activité qui s'exerçait peu fréquemment. L'histoire nous dit le contraire : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 490, 495 et 497, dans lesquels les mêmes conclusions ont été tirées à propos des collectivités mi'kmaq de la Miramichi. [Je souligne.]

First, the Crown objects to Robertson J.A.'s reference to the findings of fact made in the *Bernard* case, which was decided and released prior to the Court of Appeal hearings in both of the cases at bar. *Bernard* was released on August 28, 2003. The *Sappier and Polchies* hearing before the Court of Appeal took place on February 11, 2004, while the *Gray* hearing occurred on November 26, 2003. In other words, by the times the hearings occurred in the cases at bar, the *Bernard* decision, including its findings of fact, was in the public record and ought to have been known to the Crown. Moreover, in the *Sappier and Polchies* decision, the reference to *Bernard* is merely informative, given the Crown's concession about the validity of the 1725 Treaty. It is not operative in Robertson J.A.'s reasoning precisely because the historical events leading up to the signing of the treaty were not contentious.

Similarly, in the *Gray* decision, Robertson J.A. clearly stated that he agreed with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. The reference to the *Bernard* decision and to its findings of fact in respect of the Mi'kmaq communities of the Miramichi are merely offered in support of his conclusion. In any event, the Crown concedes at para. 44 of its factum that "wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival", and generally does not take issue with the significance of wood and the many uses to which it was put in pre-contact Mi'kmaq society.

Second, the Crown also takes issue with Robertson J.A.'s reference to Dr. Patterson's article in the *Sappier and Polchies* reasons for judgment. Dr. Patterson gave evidence at the *Sappier and Polchies* trial as the Crown's own witness. The article Robertson J.A. referred to was also referred to by Dr. Patterson in his oral evidence. He offered to provide a copy to the trial court. The Crown declined that invitation, noting it was unnecessary in view of Dr. Patterson's presence to provide oral testimony (A.R., vol. III, at pp. 392-

En premier lieu, le ministère public s'oppose à la mention, par le juge Robertson, des conclusions de fait tirées dans l'affaire *Bernard*, décision rendue et publiée avant les audiences tenues par la Cour d'appel dans les deux présentes affaires. L'arrêt *Bernard* a été publié le 28 août 2003. L'affaire *Sappier et Polchies* a été plaidée devant la Cour d'appel le 11 février 2004 et l'affaire *Gray*, le 26 novembre 2003. En d'autres termes, lors des audiences de la Cour d'appel relatives aux présentes affaires, l'arrêt *Bernard*, y compris les conclusions de fait qui y ont été tirées, était public et aurait dû être connu du ministère public. En outre, dans *Sappier et Polchies*, la mention de l'arrêt *Bernard* n'est faite qu'à titre informatif, étant donné l'admission du ministère public quant à la validité du Traité de 1725. Elle ne joue aucun rôle dans le raisonnement du juge Robertson, justement parce que les événements historiques ayant mené à la signature du traité n'étaient pas litigieux.

De même, dans la décision *Gray*, le juge Robertson a clairement indiqué souscrire à la conclusion tirée par le juge du procès, à savoir que la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. La mention de l'arrêt *Bernard* et des conclusions de fait qui y sont tirées au sujet des collectivités mi'kmaq de la Miramichi sert uniquement à étayer sa conclusion. De toute façon, le ministère public admet, au par. 44 de son mémoire, que [TRADUCTION] « le bois était utilisé par les Mi'kmaq pour assurer leur survie », et d'une manière générale il ne conteste pas l'importance du bois pour la collectivité mi'kmaq avant le contact avec les Européens, ni les nombreux usages qu'elle en faisait.

Deuxièmement, le ministère public conteste aussi la mention de l'article du professeur Patterson par le juge Robertson dans ses motifs de décision dans *Sappier et Polchies*. Le professeur Patterson a témoigné pour le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies. L'article signalé par le juge Robertson a également été mentionné dans le témoignage donné de vive voix par M. Patterson. Ce dernier a proposé d'en fournir une copie lors du procès. Le ministère public a refusé, affirmant que le témoignage de vive voix du professeur Patterson

93). In any event, the Crown conceded the validity of the treaty. Dr. Patterson's article is merely offered as a source of information about the historical events surrounding the signing of the treaty, as they are not addressed in the reasons as a result of the Crown's concession.

suffisait (d.a., vol. III, p. 392-393). De toute façon, le ministère public a admis la validité du traité. L'article de M. Patterson est proposé uniquement comme source d'information sur les événements historiques entourant la signature du traité, puisqu'il n'en est pas question dans les motifs étant donné l'admission du ministère public.

71

Lamer J. (as he then was) relied on additional documents in *Sioui* and took judicial notice of historical facts contained therein. Some of those documents were put forth by the intervener in that case and others were obtained by way of personal research. The Crown is correct to note, however, that the parties in *Sioui* were provided with notice of these additional documents. I would agree that it is generally wise not to incorporate evidence submitted in other cases without disclosing it to the parties and allowing them the possibility of challenging it or presenting contrary evidence. But because the *Bernard* decision and Dr. Patterson's article were in the public record and well known to the Crown, and because the Crown has failed to allege any material dispute or discrepancy as a result of this so-called incorporation of extrinsic evidence, I respectfully conclude that extrinsic evidence was not improperly incorporated into the learned judge's reasons.

Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a fondé sa décision sur des documents additionnels dans l'affaire *Sioui* et a pris connaissance d'office des faits historiques qui y étaient énoncés. Certains de ces documents avaient été présentés par la partie intervenante dans cette affaire et d'autres avaient été obtenus à la suite de recherches personnelles. Le ministère public a toutefois signalé à juste titre que, dans *Sioui*, les parties avaient été avisées au préalable de la prise en compte de ces documents additionnels. Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires. Cependant, comme l'arrêt *Bernard* et l'article du professeur Patterson étaient publics et bien connus du ministère public, et comme ce dernier n'a invoqué aucune divergence ou contestation pertinente résultant de cette soi-disant incorporation d'une preuve extrinsèque, je conclus, en toute déférence, que la preuve extrinsèque n'a pas été incorporée abusivement dans les motifs du juge.

## 7. Conclusion

## 7. Conclusion

72

For the above reasons, I conclude that the respondents have made out the defence of aboriginal right. The respondent Mr. Gray possesses an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by members of the Pabineau First Nation. The respondents Messrs. Sappier and Polchies possess an aboriginal right to harvest wood for domestic uses. That right is also site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members of the Woodstock First Nation.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral. L'intimé Gray est titulaire d'un droit ancestral l'autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par les membres de la Première Nation de Pabineau. Les intimés Sappier et Polchies sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques. Ce droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne où les membres de la Première Nation de Woodstock ont traditionnellement récolté du bois.

Accordingly, I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. — I agree with my colleague, Bastarache J., about the disposition of this appeal for the reasons he gives except, with respect, for his ruling that

[t]he harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components. [para. 25]

In aboriginal communities pre-contact, as in most societies, there existed a division of labour. This should be reflected in a more flexible concept of the exercise of aboriginal rights *within* modern aboriginal communities, especially considering that the aboriginal right itself is communal in nature. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the reserve or other local aboriginal community to which the right pertains to do everything for themselves. They did not do so historically and they should not have to do so now. On the one hand, it seems to me a Mi'kmaq or Maliseet should be able to sell firewood to his or her aboriginal neighbour or barter it for, say, a side of venison or roofing a house. On the other hand, I agree that trade, barter or sale *outside* the reserve or other local aboriginal community would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. In other respects I agree with my colleague.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Office of the Attorney General, Fredericton.*

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Bastarache à l'égard du présent pourvoi, et ce, pour les motifs qu'il a exposés, sauf en ce qui a trait à sa décision selon laquelle

[l]e bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments. [par. 25]

Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi, comme la plupart des sociétés, instauré une division du travail. Cette réalité devrait se traduire par une vision plus souple de l'exercice des droits ancestraux *à l'intérieur* des collectivités autochtones modernes, d'autant que ces droits sont eux-mêmes de nature collective. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Historiquement, les Autochtones ne le faisaient pas et ils ne devraient pas être tenus de le faire aujourd'hui. Il me semble qu'un Mi'kmaq ou un Malécite devrait pouvoir vendre du bois de chauffage à son voisin autochtone ou lui troquer ce bois pour, par exemple, un morceau de gibier ou des travaux à la toiture de sa maison. Par contre, je suis moi aussi d'avis que le commerce, le troc ou la vente *à l'extérieur* de la réserve ou autre collectivité autochtone locale constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. Pour le reste, je partage l'opinion de mon collègue.

*Pourvois rejetés.*

*Procureur de l'appelante : Bureau du Procureur général, Fredericton.*

73

74



*Solicitors for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies: Barry Spalding, Saint John.*

*Procureurs des intimés Dale Sappier et Clark Polchies : Barry Spalding, Saint John.*

*Solicitors for the respondent Darrell Joseph Gray: Gaffney & Burke, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimé Darrell Joseph Gray : Gaffney & Burke, Fredericton.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Office of the Attorney General, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau du Procureur général, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Daniel R. Theriault, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick : Daniel R. Theriault, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia: McInnes Cooper, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia : McInnes Cooper, Halifax.*

*Solicitors for the interveners Mi'gmawei Mawiomi and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council: Burchell, Hayman, Parish, Halifax.*

*Procureurs des intervenants Mi'gmawei Mawiomi et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell, Hayman, Parish, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the New Brunswick Forest Products Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs: Ronalda Murphy, Halifax.*

*Solicitors for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations): Cook, Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureure de l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs : Ronalda Murphy, Halifax.*

*Procureurs des intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes la bande indienne de Songhees, la Première Nation de Malahat, la Première Nation de T'Sou-ke, la Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw) : Cook, Roberts, Victoria.*