

A-35-02
2004 FCA 66

A-35-02
2004 CAF 66

Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage
(*Appellant*)

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien
(*appelante*)

v.

c.

Mikisew Cree First Nation and The Thebacha Road Society (*Respondents*)

Première nation crie Mikisew et la Thebacha Road Society (*intimées*)

and

et

Attorney General of Alberta (*Intervener*)

Procureur général de l'Alberta (*intervenant*)

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Sharlow J.J.A.—Edmonton, September 29, 2003; Ottawa, February 13, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Edmonton, 29 septembre 2003; Ottawa, 13 février 2004.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Minister approving construction of winter road through National Park — Mikisew Cree First Nation, descendants of Treaty 8 signatories, objecting for fear of habitat fragmentation, death of wildlife they trap, hunt — Purpose of Treaty 8 — Treaty provided tracts could be “taken up” for certain purposes — Wood Buffalo National Park, established in 1922, occupies 5% of Treaty 8 area — Nature, purpose of winter road explained — Wood Buffalo National Park Game Regulations prohibiting firearms use within 200-metre-wide road corridor — Parks Canada apologized for lack of consultation regarding project — F.C.T.D. Judge holding Treaty 8 rights infringed for inadequate consultation — Majority of F.C.A. allowing Heritage Minister’s appeal — Creation of Park not a “taking up” — Treaty right to hunt not abrogated by statute — In dissent, Sharlow J.A. failed to determine whether road approval was “taking up” — Decision did not have to be justified under test in R. v. Sparrow since road approval a “taking up” — That issue not relied on by Minister in F.C.A. but raised by intervener, Attorney General of Alberta — Appropriate intervener assist Court by useful submissions different from those of parties — Use of land as winter access road, prohibiting firearm use was “visible, incompatible land use” with hunting — Express limitations in Treaty 8 not exhaustive — Purposes mentioned imply access, transportation — Road construction implied — “Taking up” of land for purpose implied by Treaty 8 not prima facie constitutional infringement — What s. 35 protects is right to hunt on land not required for settlement, other purposes — Court bound by analysis of Cory J. in R. v. Badger.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — La ministre avait approuvé la construction d’une route d’hiver à travers un parc national — La Première nation crie Mikisew, dont les membres sont les descendants des signataires du Traité n° 8, s’y était opposée parce qu’elle craignait la fragmentation de l’habitat et la mort des animaux que les membres piégeaient et chassaient — Objet du Traité n° 8 — Le Traité prévoyait que des terrains pouvaient être «pris» à certaines fins — Le parc national Wood Buffalo, créé en 1922, occupe 5 p. 100 du secteur visé par le Traité n° 8 — Nature et but de la route d’hiver — Le Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffer interdit l’utilisation d’armes à feu dans un corridor routier de 200 mètres de largeur — Parcs Canada s’est excusé de l’absence de consultation au sujet du projet — La juge de la C.F. 1^{re} inst. a statué qu’on avait porté atteinte aux droits issus du Traité n° 8 du fait de la consultation inadéquate — La majorité de la C.A.F. a accueilli l’appel interjeté par la ministre du Patrimoine — La création du parc ne constitue pas une «prise» — Le droit de chasse reconnu par le Traité n’a pas été aboli par la loi — En dissidence, la juge Sharlow n’a pas décidé si l’approbation de la route constituait une «prise» — La décision n’avait pas à être justifiée selon le critère énoncé dans R. c. Sparrow étant donné que l’approbation de la route constituait une «prise» — La ministre ne s’était pas fondée sur cette question devant la C.A.F., mais celle-ci avait été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta — Un bon intervenant aide la Cour au moyen d’observations utiles différentes de celles des parties — L’utilisation des terres comme route d’accès hivernale et l’interdiction concernant l’utilisation d’armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse

Native Peoples — Lands — Heritage Minister approving construction of winter road through Wood Buffalo National Park under authority of Canada National Parks Act, s. 8 — Mikisew Cree, descendants of Treaty 8 signatories, opposed for fear road having negative impact on hunting, trapping — Park entirely within Treaty 8 area, occupying 5% thereof — No hunting allowed in 200-metre-wide road corridor — Minister proceeding without Indians' consent — Parks Canada apologized for want of consultation — Creation of Park not a "taking up" under Treaty 8 — But road approval was a "taking up" — As held by S.C.C. in R. v. Badger, use of land as road, firearm use prohibition "visible, incompatible land use" with hunting — Purposes expressly mentioned in Treaty 8 imply access, transportation and therefore road construction — Land may be "taken up" under Treaty 8 for road — Constitution Act, 1982, s. 35 (Aboriginal and treaty rights) protecting only right to hunt on land not required for settlement, other purposes.

Environment — Government approving construction of winter road in Wood Buffalo National Park over Indians' objections — Cree trappers fearing road could fragment habitat, cause death of wildlife due to collision with motor vehicles — Independent environmental assessment concluding some habitat fragmentation likely — Proposed road realigned after biophysical resource assessment, field inspection — Government satisfied proponent's mitigation measures adequate to prevent adverse environmental effects — Per Sharlow J.A. (dissenting): while mitigation measures may prove adequate, Court should not speculate on adequacy as process fundamentally flawed.

This was an appeal from a Trial Division judgment, setting aside the Minister's decision to approve construction of a

— Les restrictions expresses énoncées dans le Traité n° 8 ne sont pas exhaustives — Les fins mentionnées comportent implicitement l'accès et le transport — La construction de la route était implicite — La «prise» des terres aux fins implicites prévues par le Traité n° 8 ne constitue pas une atteinte constitutionnelle prima facie — L'art. 35 protège le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins — La Cour était liée par l'analyse du juge Cory dans R. c. Badger.

Peuples autochtones — Terres — La ministre du Patrimoine avait approuvé la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo en vertu de l'art. 8 de la Loi sur les parcs nationaux du Canada — Les Cris Mikisew, qui sont descendants des signataires du Traité n° 8, s'opposaient à la route parce qu'ils craignaient que la route ait des effets défavorables sur la chasse et le piégeage — Le parc est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8 et occupe 5 p. 100 de ce secteur — La chasse est prohibée dans un corridor routier de 200 mètres de largeur — La ministre est allée de l'avant sans obtenir le consentement des Indiens — Parcs Canada s'est excusé pour l'absence de consultation — La création d'un parc ne constitue pas une «prise» au sens du Traité n° 8 — Cependant, l'approbation de la route constituait une «prise» — Comme l'a statué la C.S.C. dans R. c. Badger, l'utilisation des terres en tant que route et l'interdiction d'utiliser des armes à feu constituent une «utilisation des terres visible incompatible» avec la chasse — Les fins expressément mentionnées dans le Traité n° 8 comprennent implicitement l'accès et le transport et, par conséquent, la construction de la route — Les terres peuvent être «prises» pour la route en vertu du Traité n° 8 — L'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 (droits ancestraux et issus de traités) protège uniquement le droit de chasser sur les terres qui ne sont pas nécessaires aux fins de colonisation et à d'autres fins.

Environnement — Le gouvernement avait approuvé la construction d'une route d'hiver dans le parc national Wood Buffalo malgré les objections des Indiens — Les trappeurs cris craignaient que la route ne fragmente l'habitat et ne cause la mort d'animaux par suite de collisions avec des véhicules — À la suite d'une évaluation environnementale indépendante, on a conclu qu'une certaine fragmentation de l'habitat était probable — Le tracé de la route proposée a été modifié à la suite d'une évaluation des ressources biophysiques et d'une inspection sur le terrain — Le gouvernement était convaincu que les mesures d'atténuation qui devaient être prises par le promoteur étaient adéquates pour empêcher des effets environnementaux préjudiciables — La juge Sharlow (dissidente): les mesures d'atténuation pouvaient s'avérer adéquates, mais la Cour ne devrait pas faire de conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures élaborées en raison d'un processus fondamentalement vicié.

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Section de première instance annulant la décision de la ministre

winter road through Wood Buffalo National Park. Statutory authority for the decision was provided by section 8 of the *Canada National Parks Act*.

Respondent, Mikisew Cree First Nation, is an Indian Band and its members are descendants of the Cree Indians of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 in 1899. That Treaty indicated Her Majesty's desire to open an Indian territory for settlement, immigration, trade, travel, mining and lumbering and was intended to ensure peace and good will between Her Indian and other subjects. It was also intended to assure the Indians "of what allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence". While yielding all title to the lands, the Indians would be allowed to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing, subject to any regulations which might, from time to time, be made by the Government and "saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes".

The tract covered by Treaty 8 is an immense area in what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Wood Buffalo National Park was established in 1922. It is partly in Alberta and partly in the Northwest Territories and is entirely within the Treaty 8 area, occupying about 5% of that area. The Peace Point Reserve for the respondent First Nation is located within the Park.

The respondent, the Thebacha Road Society, a non-profit organization, the members of which include the town of Fort Smith, the Fort Smith Métis Council, Salt River First Nation and Little Red River Cree First is a proponent of a winter road through the Park each year, constructed of snow, compacted and watered to create an ice base. While the road would disappear each spring, the right of way for a winter road would endure so long as it is kept clear of trees and bushes. The proposed road would be 118 kilometres in length, joining a Little Red River Cree settlement within the Park with Alberta's highway system. For the most part, it would follow the route of an abandoned former winter road which has not been in use since 1960. Under *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, subsection 36(5), establishment of this road would create a 200-metre-wide corridor wherein firearms use would be prohibited. Mikisew Cree trappers fear that the road might fragment habitat, allow for increased poaching and bring about the death of wildlife due to collisions with motor vehicles. An environmental assessment report, prepared by an independent agency according to Parks Canada terms of

d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Le pouvoir législatif de prendre la décision était prévu à l'article 8 de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*.

L'intimée, la Première nation crie Mikisew, est une bande indienne; dont les membres sont descendants des Indiens cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 en 1899. Le Traité indiquait le désir de Sa Majesté d'ouvrir un territoire indien à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux opérations minières et forestières et il était destiné à assurer la paix et la bonne harmonie entre les Indiens et les autres sujets. Il était également destiné à assurer que les Indiens puissent connaître et savoir avec certitude «quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté». Tout en cédant tous leurs titres relatifs aux terres, les Indiens avaient le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de chasse, de piégeage et de pêche sous réserve des règlements faits de temps à autre par le gouvernement et «sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets».

L'étendue de terre dont il est fait mention dans le Traité n° 8 est un secteur immense situé dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et le sud des Territoires du Nord-Ouest. Le parc national Wood Buffalo a été créé en 1922. Il est situé en partie en Alberta et en partie dans les Territoires du Nord-Ouest; il est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8 et occupe environ 5 p. 100 de ce secteur. La réserve de Peace Point destinée à la Première nation intimée est située dans les limites du parc.

La Thebacha Road Society, intimée, organisme sans but lucratif dont les membres comprennent la ville de Fort Smith, le conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River est la promotrice d'une route d'hiver passant dans le parc, construite chaque année à l'aide de neige tassée et arrosée pour créer une base en glace. La route disparaîtrait au printemps, mais le droit de passage pour une route d'hiver serait permanent, dans la mesure où elle demeure libre d'arbres et de broussailles. La route d'hiver proposée aurait 118 kilomètres de long et relierait un peuplement de la Première nation crie de Little Red River qui est situé dans le parc au réseau routier de l'Alberta. Presque tout le tracé de la route d'hiver proposée suivrait un droit de passage abandonné pour une route d'hiver qui avait uniquement été utilisée jusqu'en 1960. Par application du paragraphe 36(5) du *Règlement sur le gibier du Parc national de Wood-Buffalo*, l'aménagement de cette route aurait pour effet de créer un corridor routier de 200 mètres de largeur à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Certains trappeurs membres de la Première nation crie Mikisew craignent que la

reference, confirmed that the road would likely result in some habitat fragmentation.

The Mikisew Cree First Nation eventually advised that it would not consent to construction of this road through its Peace Point Reserve, identifying not only the trappers' concerns but also unresolved issues as to its role in Park Management—the subject of litigation. At a meeting with the Thebacha Road Society representatives, the Chief expressed the Band's frustration by the manner in which Parks Canada had been handling the process. It was at this meeting that the First Nation learned that road construction was imminent.

Following a field inspection and biophysical resource assessment, the route of the proposed road was realigned so as to avoid the Peace Point Reserve but the First Nation was neither advised of nor consulted with regarding the realignment. Parks Canada apologized to the First Nation peoples "for the way in which the consultation process unfolded" but announced on its website that the project would proceed as it was satisfied that the Thebacha Road Society's mitigation measures were adequate to prevent adverse environmental effects. The Crown entered into an agreement with the Society for the construction and operation of the road. A judicial review application challenging the Minister's decision was brought by the Canadian Parks and Wilderness Society but the Trial Division's denial of that application was affirmed by the Federal Court of Appeal.

The First Nation also filed for judicial review, raising grounds additional to those in the other proceeding and was successful in the Trial Division, the Judge concluding that Treaty 8 Rights had been infringed due to inadequate consultation.

Held (Sharlow J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Rothstein J.A. (Sexton J.A. concurring): As found by Sharlow J.A. the creation of Wood Buffalo National Park did not constitute a "taking up" within the meaning of Treaty 8 and the Indians' treaty right to hunt has not been abrogated by statute. She did not, however, determine whether approval of the winter road was a "taking up". But she found that even if

route entraîne la fragmentation de l'habitat et qu'elle augmente le braconnage et le nombre d'animaux tués par suite de collisions avec des véhicules. Un rapport d'évaluation environnementale, dressé par une entreprise indépendante conformément au cadre de référence de Parcs Canada, confirmait que la route entraînerait probablement une certaine fragmentation de l'habitat.

La Première nation crie Mikisew a finalement fait savoir qu'elle ne consentait pas à ce que la route soit construite à travers la réserve de Peace Point, mentionnant les craintes des trappeurs ainsi que les problèmes non résolus concernant son rôle dans la gestion du parc, l'objet du litige. Lors d'une rencontre avec les représentants de la Thebacha Road Society, le chef a expliqué que la façon dont Parcs Canada avait traité le processus frustrait la bande. C'est lors de cette rencontre que la Première nation a appris que les travaux de construction devaient commencer sous peu.

À la suite d'une inspection sur le terrain, et d'une évaluation des ressources biophysiques, le tracé de la route proposée a été modifié de façon à éviter la réserve de Peace Point mais on n'a jamais informé la Première nation au sujet du nouveau tracé et on ne l'a pas consultée sur ce point. Parcs Canada s'est excusé auprès des membres de la Première nation «pour la façon dont s'est déroulé le processus de consultation» mais il annonçait dans son site Web que le projet irait de l'avant étant donné qu'il était convaincu que les mesures d'atténuation prévues par la Thebacha Road Society étaient adéquates pour empêcher des effets négatifs sur l'environnement. La Couronne a conclu une entente relative à la construction et à l'exploitation de la route avec la Thebacha Road Society. La Société de la protection des parcs et des sites naturels du Canada a déposé une demande de contrôle judiciaire dans laquelle elle contestait la décision de la ministre, mais la demande a été rejetée par la Section de première instance et le rejet a été confirmé par la Cour d'appel fédérale.

La Première nation a également présenté une demande de contrôle judiciaire, en invoquant d'autres motifs, en plus de ceux qui étaient invoqués dans l'autre instance; elle a eu gain de cause en première instance, la juge concluant qu'on avait porté atteinte aux droits reconnus par le Traité n° 8 parce qu'aucune consultation adéquate n'avait eu lieu.

Arrêt (la juge Sharlow, J.C.A. étant dissidente): l'appel est accueilli.

Le juge Rothstein, J.C.A. (le juge Sexton, J.C.A. souscrivant à ses motifs): Comme l'a conclu la juge Sharlow J.C.A., la création du parc national Wood Buffalo ne constituait pas une «prise» au sens du Traité n° 8 et le droit de chasse des Indiens issu d'un traité n'a pas été aboli par une loi. Toutefois, la juge n'a pas décidé si l'approbation de la route d'hiver constituait

it was, such a “taking up” could amount to a *prima facie* infringement of Treaty 8 hunting rights and would have to be justified according to the test in *R. v. Sparrow*. That opinion could not be concurred with. There was no necessity to apply the *Sparrow* analysis since the road approval did constitute a “taking up”.

Upon this appeal, the issue whether the approval amounted to a “taking up” was raised by the intervener, Attorney General of Alberta. The Minister did not rely on this issue. But the Attorney General’s position did not go against this Court’s conclusion in *Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, that “an intervenor in an appellate court must take the case as she finds it and cannot, to the prejudice of the parties, argue new issues which require the production of fresh evidence”. Alberta’s position was that the road approval did not infringe treaty rights since taking up land for use as a road was a geographical limitation of the treaty right to hunt and trap as was provided for in the treaty. That submission fell squarely within the scope of Alberta’s permitted intervention. The question of whether the road approval constituted a treaty infringement was still a live issue. It had been raised by the Minister in the Trial Division. Accordingly Alberta was entitled to make submissions on appeal, bearing in mind that the purpose of an intervention is to present to the Court submissions which are useful and different from the perspective of a non-party. Nor was the Minister’s position inconsistent with that of Alberta.

Applying what was said by Cory J. in *R. v. Badger*, putting land to use as a winter access road and prohibiting firearm use within 200 metres thereof is “visible, incompatible land use” with hunting on the land. While road construction is not one of the express geographic limitations mentioned in Treaty 8, the express limitations are not exhaustive. The purposes expressly mentioned necessarily imply access and transportation. This in turn implies road construction. A road therefore is another purpose for which land may be “taken up” under Treaty 8. The approval of the road therefore constituted a “taking up” within the meaning of Treaty 8.

The next question was whether the taking up of land could constitute a *prima facie* constitutional infringement. In considering Treaty 8 in context, Cory J. concluded that the Indians “understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting, when it was put to a visible

une «prise». Elle a conclu que même si c’était le cas, cette «prise» pouvait néanmoins constituer une atteinte *prima facie* aux droits de chasse issus du Traité n° 8, laquelle devait être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Sparrow*. Il était impossible de souscrire à cet avis. Il n’était pas nécessaire d’appliquer l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow* étant donné que l’approbation de la route constituait une «prise».

En appel, la question de savoir si l’approbation constituait une «prise» a été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta. La ministre ne se fondait pas sur cette question. Mais la position prise par le procureur général n’allait pas à l’encontre de la conclusion tirée par cette Cour dans l’arrêt *Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, à savoir qu’«une intervenante devant une cour d’appel doit accepter l’affaire telle qu’elle la trouve et ne saurait, au préjudice des parties, débattre de nouveaux points litigieux qui exigent l’introduction de nouveaux éléments de preuve». La position de l’Alberta était que l’approbation de la route ne constituait pas une atteinte aux droits issus d’un traité parce que la prise de terres aux fins de leur utilisation comme route constituait une limitation territoriale du droit de chasser et de piéger issu d’un traité, laquelle était prévue dans le traité. Cet argument s’inscrivait clairement dans le cadre de l’intervention permise de l’Alberta. La question de savoir si l’approbation de la route constituait une atteinte au traité se posait encore. Cet argument avait été invoqué par la ministre devant la Section de première instance. Par conséquent, l’Alberta pouvait à bon droit présenter des arguments en appel, compte tenu du fait qu’une intervention vise à saisir la Cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers. La position prise par la ministre n’était pas non plus incompatible avec celle de l’Alberta.

Si on applique les remarques faites par le juge Cory dans l’arrêt *R. c. Badger*, le fait d’utiliser les terres comme route d’accès hivernale, dans les 200 mètres de laquelle l’utilisation d’armes à feu est prohibée, est «visiblement incompatible» avec la chasse sur ces terres. La construction de routes ne constitue pas l’une des limitations territoriales expresses mentionnées dans le Traité n° 8, mais les limitations expresses ne sont pas exhaustives. Les fins expresses mentionnées impliquent nécessairement l’accès et le transport, ce qui de son côté, laisse entendre que des routes doivent être construites. Une route constitue donc une autre fin pour laquelle les terres peuvent être «prises» en vertu du Traité n° 8. L’approbation de la route constituait donc une «prise» au sens du Traité n° 8.

La question suivante était de savoir si la prise de terres pouvait constituer une atteinte constitutionnelle *prima facie*. Après avoir examiné le contexte dans lequel le Traité n° 8 avait été signé, le juge Cory a conclu que les Indiens «comprenaient que des terres seraient prises et occupées d’une manière qui les

use that was incompatible with hunting”. Unless the Crown has taken up land in bad faith or taken so much that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose expressly or necessarily implied in the treaty does not infringe a treaty right. It is the right to hunt on land not required for settlement or other purposes that was given constitutional protection by *Constitution Act, 1982*, section 35. This Court was bound by the analysis of Cory J. in *Badger*, which was directly applicable to the facts herein.

Per Sharlow J.A. (dissenting): Alberta first raised a procedural point, arguing that, pursuant to *Federal Court Act*, section 57, it should have been given notice of a constitutional question in the Federal Court Trial Division. Such notice was not required. Whether a section 57 notice is required depends upon the nature of the remedy sought in the particular case. There is no necessity for such notice where the remedy sought is other than a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds. The Mikisew Cree Nation merely argued that their treaty rights had been infringed by the manner in which the Minister exercised her discretion. That argument did not call for a decision as to the constitutional validity, applicability or operability of legislation. No section 57 notice was required.

The Minister’s argument, that the land now comprising Wood Buffalo National Park was “taken up” by the Crown when it was established, thereby placing it outside the geographical limitations of Treaty 8, was not accepted. As was held by the Judge below, use of the land as a Park was not visible and incompatible with Treaty 8 hunting rights. The leading authority on “taking up” is the opinion of Cory J. in *R. v. Badger* and it was considered at length.

The Minister suggested that section 2 of the *Regulations Respecting Game in Dominion Parks*, enacted in 1919, and which prohibited the harassment, pursuit and killing of any game within a Dominion Park, applied immediately to Wood Buffalo National Park and was necessarily inconsistent with the continuance of the treaty right to hunt. Regulation 2 notwithstanding, there was no evidence that a total prohibition on hunting was ever enforced in Wood Buffalo National Park against Aboriginal people entitled to the benefit of Treaty 8. The Minister conceded that those with Aboriginal treaty rights

empêcheraient d’y chasser, lorsqu’elles feraient l’objet d’une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse». À l’exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu’il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément ou implicitement prévu par le traité ne constitue pas une atteinte à un droit issu du traité. C’est le droit de chasse sur les terres qui ne sont pas nécessaires pour la colonisation ou d’autres objets qui a été protégé par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette Cour était liée par l’analyse effectuée par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, laquelle s’appliquait directement aux faits de l’affaire.

La juge Sharlow, J.C.A. (dissidente): l’Alberta a d’abord soulevé un point de procédure en soutenant que, conformément à l’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, elle aurait dû recevoir un avis de question constitutionnelle devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Pareil avis n’était pas nécessaire. C’est la nature de la réparation demandée dans un cas particulier qui permettra de décider s’il faut donner un avis en vertu de l’article 57. Il n’est pas nécessaire de signifier pareil avis dans un cas où la réparation demandée est autre chose qu’un jugement portant qu’une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel. La Première nation crie Mikisew a simplement soutenu que la façon dont le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire portait atteinte à ses droits issus d’un traité. Cet argument n’exigeait pas qu’une décision soit rendue au sujet de la validité, de l’applicabilité ou de l’effet de la législation sur le plan constitutionnel. Aucun avis de question constitutionnelle n’était nécessaire en vertu de l’article 57.

L’argument de la ministre, à savoir que les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo ont été «prises» par la Couronne lorsque le parc a été établi, de sorte qu’elles ne sont plus situées dans les limites territoriales du Traité n° 8, n’a pas été retenu. Comme la juge de première instance l’a statué, l’utilisation des terres comme parc ne constituait pas une utilisation visible et incompatible avec le maintien des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Le jugement qui fait autorité en ce qui concerne la question de la «prise» a été rendu par le juge Cory dans l’affaire *R. c. Badger*, et il a été examiné à fond.

La ministre a soutenu que l’article 2 des *Regulations Respecting Game in Dominion Parks*, adopté en 1919, et qui interdisait de harceler, de poursuivre ou d’abattre du gibier dans un parc du Dominion, s’appliquait immédiatement au parc national Wood Buffalo et il était nécessairement incompatible avec le maintien du droit de chasse issu d’un traité. Malgré l’article 2 du Règlement, il n’a pas été prouvé qu’une interdiction totale de chasser a été appliquée, dans le parc national Wood Buffalo, à l’encontre des peuples autochtones qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8. La

who had habitually hunted and trapped in the area of the Park were allowed to continue to do so. The 1984 Wood Buffalo National Park Management Plan acknowledged that the original intent—that the Park be free of hunting and trapping—was never achieved, treaty status Indians having been permitted to continue hunting and trapping, subject to closed seasons and regulations. Having permitted hunting in the Park throughout its history, the Minister could not now contend that use as a park was visibly incompatible with the continued existence of Treaty 8 hunting rights.

The Minister's next argument was that the Park is "occupied Crown land" to which Treaty 8 Indians have no right of access for hunting or trapping. This argument was based on *Natural Resources Transfer Agreement*, paragraph 12 which provides that provincial laws respecting game apply to Indians but the Province assures their right of hunting, trapping and fishing at all seasons on unoccupied Crown lands. Since this argument was not raised in the Trial Division, it was rejected with little discussion.

Nor had Treaty 8 hunting rights within the Park been abolished by statute. Having already found that there was nothing about establishment of the Park that was incompatible with the exercise of Treaty 8 hunting rights, it could not be accepted, in the words of Mahoney J. in *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indians Affairs and Northern Development*, that the "necessary effect" of the legislation creating Wood Buffalo National Park on governing its administration was to extinguish the hunting rights in Treaty 8, or that the legislation was inconsistent with the continuation of those rights. The Trial Division Judge correctly concluded that the hunting rights guaranteed in Treaty 8 subsisted in the Park, subject to applicable regulations.

Alberta's argument, that a "taking up" of land is contemplated by Treaty 8 and cannot be even a *prima facie* infringement within the *Sparrow* analysis so that no justification is required and the Minister had no duty to consult with the First Nation prior to approving construction of the road, was not sound. But even if it did have merit, it should not determine the outcome of this appeal. The argument, based on a literal approach, was that because Treaty 8 conferred the right to "take up", the Crown had no duty to consult, negotiate or even give advance notice to the First Nation. A similar argument was rejected in *Halfway River First Nation v. British*

ministre a concédé que les Autochtones possédant des droits issus de traités qui avaient habituellement pratiqué la chasse et le piégeage dans le secteur du parc étaient autorisés à continuer à le faire. Le plan de gestion du parc national Wood Buffalo de 1984 reconnaissait qu'on n'avait jamais donné suite à l'intention initiale—de ne pas permettre la chasse et le piégeage dans le parc—les Autochtones visés par un traité ayant été autorisés à continuer à pratiquer la chasse et le piégeage, sauf pendant certaines périodes et sous réserve des règlements. La ministre, qui avait toujours permis la chasse dans le parc, ne pouvait pas maintenant soutenir que l'utilisation en tant que parc était visiblement incompatible avec le maintien des droits de chasse reconnus par le Traité n° 8.

La ministre a ensuite soutenu que le parc était constitué de «terres occupées de la Couronne», auxquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 n'avaient aucun droit d'accès aux fins de la chasse ou du piégeage. Cet argument était fondé sur le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, qui prévoit que les lois provinciales relatives au gibier s'appliquent aux Indiens mais que la province leur assure le droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson en toute saison de l'année sur les terres innocuées de la Couronne. Étant donné que cet argument n'a pas été invoqué devant la Section de première instance, il a été rejeté sans être examiné.

Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 à l'intérieur du parc n'ont pas non plus été abolis par la loi. Puisqu'il avait déjà été conclu que l'établissement du parc ne comportait rien qui soit incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8, on ne pouvait reconnaître que l'«effet nécessaire», pour reprendre les termes employés par le juge Mahoney dans l'arrêt *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, de la législation créant le parc national Wood Buffalo ou régissant l'administration du parc était d'éteindre les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8, ou que la législation n'était pas compatible avec le maintien de ces droits. La juge de la Section de première instance a eu raison de conclure que les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 subsistaient dans le parc, sous réserve des règlements applicables.

L'argument invoqué par l'Alberta, à savoir qu'une «prise» de terres est prévue par le Traité n° 8 et ne peut même pas constituer une atteinte *prima facie* au sens de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Sparrow*, de sorte qu'aucune justification n'est nécessaire et que la ministre n'était pas tenue de consulter la Première nation avant d'approuver la construction de la route, n'était pas sensé; même s'il était fondé, il ne devait pas être déterminant pour ce qui est du résultat du présent appel. L'argument, fondé sur une approche textuelle, était qu'étant donné que le Traité no 8 conférait le droit à la «prise» de terres, la Couronne n'était pas tenue de consulter la

Columbia (Ministry of Forests). The Minister has always been aware of the “taking up” argument now propounded by Alberta—in the Court below counsel for the Minister mentioned it “as an aside”—and it would be wrong for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which she chose not to rely.

As to whether the Judge below erred in finding a *prima facie* infringement, in view of the opinion of Lamer C.J. in *R. v. Gladstone, Sparrow* could not be taken as authority for the proposition that a finding of *prima facie* infringement is wrong in law unless it is preceded by an express consideration of each of the three *Sparrow* questions. In the context herein, the question was whether the decision to construct the winter road would result in a meaningful limitation of the First Nation’s rights to hunt and trap within the boundaries of Wood Buffalo National Park. The Judge was aware of the relevant facts: size of the Park and of the road and corridor within which firearms would be prohibited, probable impact on wildlife, location of road in relation to the First Nation’s reserve, traplines and hunting grounds and the role of these activities in the life of the Mikisew Cree. The Judge did not err in any of her findings of fact from which she concluded that construction of the road would have an adverse effect on hunting and trapping sufficient to meet the *prima facie* infringement test. There was no valid reason for interfering with that conclusion even though the Judge did not address the *Sparrow* questions expressly. While the Park is large and the corridor is small by comparison, the fact was that the Indians’ preferred method of hunting and trapping, was integrally linked to the very place where the road is to be built.

The next question was whether the Treaty 8 infringement was justifiable. The first branch of the justification analysis involves the objective of the legislation or government action resulting in the *prima facie* infringement. As explained in *Sparrow*, an objective of preserving subsection 35(1) rights by natural resource management would be valid as would the prevention of the exercise of these rights in a way that would harm the general population or the native peoples themselves. Thus, it may be necessary to balance Aboriginal rights with those of others. Still, in *Sparrow*, a cautious approach was taken to that possibility, and the suggestion that the “public interest” could justify breach of an Aboriginal right was rejected. “Public interest” was seen as being so vague as to furnish no meaningful guidance for justifying a limitation of

Première nation, de négocier avec elle ou même de lui donner un préavis. Un argument similaire avait été rejeté dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*. La ministre a toujours été au courant de l’argument fondé sur la «prise» maintenant avancé par l’Alberta—en première instance, l’avocat de la ministre avait mentionné qu’il s’agissait d’un argument «accessoire»—mais il serait erroné pour la Cour de confirmer la décision de la ministre pour un moyen que cette dernière a décidé de ne pas invoquer.

Quant à la question de savoir si la juge de première instance a commis une erreur en concluant à une atteinte *prima facie*, compte tenu de l’avis exprimé par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Gladstone*, l’arrêt *Sparrow* ne pouvait servir d’appui à la thèse voulant qu’une conclusion selon laquelle il y a atteinte *prima facie* est erronée en droit à moins d’être précédée d’un examen exprès de chacune des trois questions énoncées dans l’arrêt *Sparrow*. Dans le contexte de la présente espèce, le point à examiner était de savoir si la décision de construire la route d’hiver imposerait une restriction réelle au droit de la Première nation de pratiquer la chasse et le piégeage dans les limites du parc national Wood Buffalo. La juge était au courant des faits pertinents: la superficie du parc, l’étendue de la route et du corridor dans lequel les armes à feu seraient prohibées, les répercussions probables de la route sur la faune, l’emplacement de la route par rapport aux terres de la réserve de la Première nation ainsi que par rapport aux réseaux de piégeage et aux zones de chasse, et le rôle de ces activités dans la vie des Cris Mikisew. La juge n’a commis aucune erreur dans les conclusions de fait qu’elle a tirées, selon lesquelles la construction de la route aurait sur la chasse et le piégeage un effet préjudiciable suffisant pour satisfaire au critère de l’atteinte *prima facie*. Il n’existait aucun fondement valable permettant de modifier cette conclusion, même si la juge n’a pas examiné les questions mentionnées dans l’arrêt *Sparrow*. Le parc est étendu et le corridor est comparativement petit, mais le moyen préféré de chasser et de piéger des Indiens était intégralement lié à l’emplacement même où la route devait être construite.

L’étape suivante consistait à décider si la violation du Traité n° 8 était justifiable. Le premier volet de l’analyse relative à la justification se rapporte à l’objectif de la législation ou de la mesure gouvernementale causant l’atteinte *prima facie*. Comme on l’a expliqué dans l’arrêt *Sparrow*, l’objectif de préserver, par la gestion d’une ressource naturelle, des droits visés au paragraphe 35(1) serait régulier, comme le serait le fait d’empêcher l’exercice de ces droits lorsque cet exercice nuirait à l’ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes. Il peut donc être nécessaire d’établir un équilibre entre les droits des Autochtones et les droits des autres peuples. Toutefois, dans l’arrêt *Sparrow*, une approche prudente a été adoptée au sujet de cette possibilité, et l’on a rejeté l’argument selon lequel l’«intérêt public» pourrait justifier la violation

constitutional rights. Enhancement of the social and economic interests of people residing at Fort Smith and at other places near the Park was insufficiently compelling to override the First Nation's constitutionally protected right to hunt in the Park. In justifying a *prima facie* infringement, an objective could not be pressing and substantial unless it relates in some way to the long-term enhancement or preservation of the Aboriginal right infringed or is overwhelmingly in the interests of the entire population. The winter road failed to meet either test.

As to the second branch of the justification test, the Crown's obligation as fiduciary, its discharge required, at the least, meaningful consultation prior to making a decision that would infringe an Aboriginal right. The consultation has to be "in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue". The Judge's conclusion, that the Crown had failed to demonstrate that a meaningful First Nations consultation had taken place, was agreed with. This was inconsistent with the honour of the Crown as fiduciary.

While it was true that the First Nation failed to avail itself of the opportunity of commenting on the road project in the environmental assessment context and also that, as suggested by counsel for the Minister, multi-purpose consultations are a possibility, there must be evidence that treaty rights were on the table, understood and addressed. The Minister failed even to respond to the First Nation's attempts to place its treaty rights on the table. The conduct of responsible Crown officials herein indicated a complete disregard for the concerns of the Mikisew Cree First Nation regarding the breach of their Treaty 8 rights.

Finally, while it was true that attempts at mitigation which may prove sufficient are to be taken, the Court should not speculate upon the adequacy of the mitigation measures when the process was fundamentally flawed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, s. 8.
Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule

d'un droit reconnu aux Autochtones. L'«intérêt public» était considéré comme si vague qu'il ne fournissait aucune ligne directrice utile pour décider si une restriction imposée à des droits constitutionnels était justifiée. Le fait de favoriser les intérêts économiques et sociaux des gens vivant à Fort Smith et ailleurs près du parc n'était pas suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit protégé par la Constitution autorisant la Première nation à chasser dans le parc. Pour justifier l'atteinte *prima facie*, l'objectif visé ne pouvait pas être pressant et important à moins de se rapporter d'une façon ou d'une autre à l'amélioration ou à la préservation à long terme du droit ancestral auquel il était porté atteinte ou à moins de favoriser énormément l'intérêt de l'ensemble de la population. L'approbation de la route d'hiver ne satisfaisait pas à l'un ou l'autre critère.

Quant au deuxième volet du critère relatif à la justification, l'obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire exigeait, au moins, une consultation réelle avant la prise d'une décision portant atteinte à un droit ancestral. La consultation doit être «menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu». La Cour a souscrit à la conclusion de la juge, à savoir que la Couronne n'avait pas démontré que la Première nation avait été consultée comme il se doit. Cela était incompatible avec l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire.

Il est vrai que la Première nation ne s'est pas prévalu de la possibilité de faire des remarques au sujet de la route d'hiver proposée dans le contexte de l'évaluation environnementale et que, comme l'a soutenu l'avocat de la ministre, les consultations à multiples fins sont possibles, mais il doit être évident que des droits issus d'un traité sont en cause, qu'ils sont compris et qu'ils sont examinés. La ministre n'a même pas répondu aux tentatives que la Première nation avait faites pour invoquer ses droits issus d'un traité. La conduite des représentants responsables de la Couronne indiquait qu'on n'avait fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8.

Enfin, il est vrai que des mesures d'atténuation qui pouvaient s'avérer suffisantes devaient être prises, mais la Cour ne devrait pas se lancer dans des conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures d'atténuation élaborées par suite d'un processus qui était fondamentalement vicié.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982*

to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 1.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Dominion Forest Reserves and Parks Act (The), S.C. 1911, c. 10, ss. 2, 18 (as am. by S.C. 1913, c. 18, s. 5).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 110.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) "band".
 Natural Resources Transfer Agreement (Alberta) [confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 2], para. 12, 14.
 Order in Council P.C. 1922-2498.
Regulations Respecting Game in the Dominion Parks, P.C. 1919-2415.
 Treaty No. 6 (1876).
 Treaty No. 8 (1899).
Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1.
Wood Buffalo National Park Game Regulations, SOR/78-830, s. 36(5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Badger, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

APPLIED:

R. v. Morgentaler, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89; (1980), 111 D.L.R. (3d) 443; [1980] 4 W.W.R. 24; 3 Man. R. (2d) 338; 52 C.C.C. (2d) 140; [1980] 3 C.N.L.R. 63; 31 N.R. 620; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DISTINGUISHED:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian*

sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 2], par. 12, 14.

Décret C.P. 1922-2498.

Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux, S.C. 1911, ch. 10, art. 2, 18 (mod. par S.C. 1913, ch. 18, art. 5).

Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 1.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande».
Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 8.

Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78-830, art. 36(5).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 110.

Regulations Respecting Game in the Dominion Parks, C.P. 1919-2415.

Traité n° 6 (1876).

Traité n° 8 (1899).

Wildlife Act, S.A. 1984, ch. W-9.1.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Morgentaler, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; (1980), 111 D.L.R. (3d) 443; [1980] 4 W.W.R. 24; 3 Man. R. (2d) 338; 52 C.C.C. (2d) 140; [1980] 3 C.N.L.R. 63; 31 N.R. 620; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des*

and Northern Affairs) (1996), 199 N.R. 1 (F.C.A.); *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Brodby v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255; 142 D.L.R. (3d) 151; [1983] 1 W.W.R. 481; 23 Alta. L.R. (2d) 77; 31 R.F.L. (2d) 225 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51; 30 Admin. L.R. (3d) 113; 8 C.C.E.L. (3d) 211 (C.A.); *Gitsxan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135; (1999), 177 D.L.R. (4th) 687; 249 N.R. 37 (C.A.).

CONSIDERED:

Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666; [1999] 9 W.W.R. 645; 64 B.C.L.R. (3d) 206; 129 B.C.A.C. 32; [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.); *R. v. Sundown*, [1993] 1 S.C.R. 393; (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; [1999] 6 W.W.R. 278; 177 Sask. R. 1; 132 C.C.C. (3d) 353; [1999] 2 C.N.L.R. 289; 236 N.R. 251; *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681; (2001), 207 Sask. R. 57; [2001] 2 C.N.L.R. 158 (C.A.); *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.); *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; (1999), 178 N.S.R. (2d) 201; 177 D.L.R. (4th) 513; 138 C.C.C. (3d) 97; [1999] 4 C.N.L.R. 161; 246 N.R. 83; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

REFERRED TO:

Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd [2003] 4 F.C. 672; (2003), 1 Admin. L.R. (4th) 103; 1 C.E.L.R. (3d) 20 (C.A.); *Canada (Minister of Canadian Heritage) v. Mikisew Cree First Nation* (2002), 293 N.R. 182 (F.C.A.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; (1979), 107 D.L.R. (3d) 513; [1980] 5 W.W.R. 193; [1979] 3 C.N.L.R. 17 (T.D.); *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161; [1989] 5 W.W.R. 82; 36 B.C.L.R. (2d) 79; [1989] 3 C.N.L.R. 46 (C.A.); *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109

Affaires indiennes et du Nord) (1996), 199 N.R. 1 (C.A.F.); *McIntosh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Brodby v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255; 142 D.L.R. (3d) 151; [1983] 1 W.W.R. 481; 23 Alta. L.R. (2d) 77; 31 R.F.L. (2d) 225 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51; 30 Admin. L.R. (3d) 113; 8 C.C.E.L. (3d) 211 (C.A.); *Gitsxan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135; (1999), 177 D.L.R. (4th) 687; 249 N.R. 37 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666; [1999] 9 W.W.R. 645; 64 B.C.L.R. (3d) 206; 129 B.C.A.C. 32; [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.); *R. c. Sundown*, [1993] 1 R.C.S. 393; (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; [1999] 6 W.W.R. 278; 177 Sask. R. 1; 132 C.C.C. (3d) 353; [1999] 2 C.N.L.R. 289; 236 N.R. 251; *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681; (2001), 207 Sask. R. 57; [2001] 2 C.N.L.R. 158 (C.A.); *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.); *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; (1999), 178 N.S.R. (2d) 201; 177 D.L.R. (4th) 513; 138 C.C.C. (3d) 97; [1999] 4 C.N.L.R. 161; 246 N.R. 83; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

DÉCISIONS CITÉES:

Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2003] 4 C.F. 672; (2003), 1 Admin. L.R. (4th) 103; 1 C.E.L.R. (3d) 20 (C.A.); *Canada (Ministre du Patrimoine canadien) c. Première nation Crie Mikisew* (2002), 293 N.R. 182 (C.A.F.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; (1979), 107 D.L.R. (3d) 513; [1980] 5 W.W.R. 193; [1979] 3 C.N.L.R. 17 (1^{re} inst.); *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161; [1989] 5 W.W.R. 82; 36 B.C.L.R. (2d) 79; [1989] 3 C.N.L.R. 46 (C.A.); *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80

C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.).

APPEAL from the Trial Division judgment ([2002] 1 C.N.L.R. 169; (2001), 214 F.T.R. 48), setting aside the Minister's decision approving construction of a winter road through Wood Buffalo National Park. Appeal allowed, Sharlow J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Paul A. Shenher and Teresa A. Crotty-Wong for appellant.
Jeffrey R. W. Rath and Allisum Taylor Rana for respondent Mikisew Cree First Nation.
Elizabeth A. Johnson for respondent The Thebacha Road Society.
Robert J. Normey and Angela J. Brown for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Rath & Company, Priddis, Alberta, for respondent Mikisew Cree First Nation.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, for respondent The Thebacha Road Society.
Alberta Department of Justice, Constitutional and Aboriginal Law Branch for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: Sharlow J.A. has conducted a thorough review of the facts and history of this case which I need not repeat. I agree with her findings that the creation of Wood Buffalo National Park did not constitute a "taking up" within the meaning of Treaty 8 [1899] and that the Mikisew's treaty right to hunt has not been abolished by statute. However, Sharlow J.A. did not determine whether the approval of a winter road

B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360; 62 C.C.C. (2d) 227; [1981] 3 C.N.L.R. 114 (C.A.).

APPEL d'un jugement de la Section de première instance ([2002] 1 C.N.L.R. 169; (2001), 214 F.T.R. 48), annulant la décision de la ministre d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Appel accueilli, la juge Sharlow, J.C.A. étant dissidente.

ONT COMPARU:

Paul A. Shenher et Teresa A. Crotty-Wong pour l'appelante.
Jeffrey R. W. Rath et Allisum Taylor Rana pour la Première nation crie Mikisew, l'intimée.
Elizabeth A. Johnson pour la Thebacha Road Society, l'intimée.
Robert J. Normey et Angela J. Brown pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Rath & Company, Priddis (Alberta) pour la Première nation crie Mikisew, l'intimée.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, pour la Thebacha Road Society, l'intimée.
Alberta Department of Justice, Constitutional and Aboriginal Law Branch pour l'intervenant.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: La juge Sharlow, J.C.A., a procédé à un examen approfondi des faits et de l'historique de la présente affaire, de sorte que je n'ai pas à les reprendre. Je souscris à ses conclusions lorsqu'elle dit que la création du parc national Wood Buffalo ne constituait pas une «prise» au sens du Traité n° 8 [1899] et que le droit de chasse issu d'un traité des Mikisew n'a pas été aboli par une loi. Toutefois, la juge Sharlow n'a

between Peace Point and Garden River in the southwestern portion of the Park was a “taking up.” She found that even if it was, such a “taking up” could still be a *prima facie* infringement of the Treaty 8 hunting rights that would have to be justified according to the test set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. I am unable to agree.

[2] For the reasons that follow, I think that the approval of the road did constitute a “taking up” within the meaning of Treaty 8, properly interpreted according to the canons of Aboriginal treaty interpretation. As such, the Mikisew Cree First Nation have no continued right to hunt on land taken up for the road and there is no violation by the Minister of section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. There is therefore no need to apply the *Sparrow* analysis. Although, as a matter of good practice, the Minister might have consulted more extensively with the Mikisew before approving the road, she was not constitutionally obliged to do so.

ALBERTA’S STANDING TO RAISE THE “TAKING UP” ARGUMENT

[3] On appeal, the issue of whether the approval of the road was a “taking up” was raised by the intervener the Attorney General of Alberta. At the hearing of the appeal, counsel for the Minister at first indicated that the Minister had abandoned this issue but later clarified that the Minister was simply not relying on it. Sharlow J.A. is of the opinion that it would be wrong for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which the Minister herself chooses not to rely.

[4] It is true that “an intervenor in an appellate court must take the case as she finds it and cannot, to the prejudice of the parties, argue new issues which require the introduction of fresh evidence” (*Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 199 N.R. 1 (F.C.A.), at paragraph 2).

pas décidé si l’approbation d’une route d’hiver entre Peace Point et Garden River, dans le secteur sud-ouest du parc, constituait une «prise». Elle a conclu que même si c’était le cas, cette «prise» pouvait néanmoins constituer une atteinte *prima facie* aux droits de chasse issus du Traité n° 8, laquelle devait être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Je ne puis souscrire à cet avis.

[2] Pour les motifs ci-après énoncés, je crois que l’approbation de la route constituait de fait une «prise» au sens du Traité n° 8, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner d’après les principes d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones. Cela étant, la Première nation crie Mikisew ne possède aucun droit de chasse continu sur les terres prises pour la route et la ministre ne viole pas l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il n’est donc pas nécessaire d’appliquer l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*. Conformément aux règles de bonnes pratiques, la ministre aurait pu consulter plus amplement les Mikisew avant d’approuver la route, mais elle n’était pas tenue de le faire sur le plan constitutionnel.

LA QUALITÉ POUR AGIR DE L’ALBERTA POUR CE QUI EST DE L’ARGUMENT FONDÉ SUR LA «PRISE»

[3] En appel, la question de savoir si l’approbation de la route constituait une «prise» a été soulevée par l’intervenant, le procureur général de l’Alberta. À l’audition de l’appel, l’avocat de la ministre a d’abord fait savoir que la ministre avait abandonné cette question, mais il a ensuite précisé que la ministre ne se fondait tout simplement pas sur cette question. La juge Sharlow est d’avis qu’il serait erroné pour la Cour de confirmer la décision de la ministre pour un motif sur lequel la ministre elle-même a décidé de ne pas se fonder.

[4] Il est vrai qu’«une intervenante devant une cour d’appel doit accepter l’affaire telle qu’elle la trouve et ne saurait, au préjudice des parties, débattre de nouveaux points litigieux qui exigent l’introduction de nouveaux éléments de preuve» (*Bande indienne de Batchewana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*,

However, that is not what Alberta is attempting to do.

[5] Alberta was granted leave to intervene on, among other things, “the issues raised in grounds 2 and 3 of the Notice of Appeal.” Ground 2 reads as follows:

In the alternative, if there are treaty rights to hunt and trap within Wood Buffalo National Park, the judge made an error of law in finding that the Minister’s decision to approve the winter road within Wood Buffalo National Park constituted an infringement of treaty rights.

I agree with Sharlow J.A. that there are still treaty rights to hunt and trap within Wood Buffalo National Park. Alberta’s position is that the approval of the road was not an infringement of those treaty rights because taking up land for use as a road is a geographical limitation of the treaty right to hunt and trap provided for in the treaty itself. The submission that Alberta is making is one that falls squarely within the scope of the permitted intervention.

[6] Even though the Minister’s counsel chose not to rely on this argument at the hearing of the appeal, the question of whether the approval of the road constituted an infringement of the Mikisew’s treaty right to hunt was still a live issue. This argument was raised by the Minister in the Trial Division [[2002] 1 C.N.L.R. 169] (as it then was) but dismissed on the grounds that even if the road approval was a taking up, it would still need to be justified according to the *Sparrow*, *supra*, analysis (paragraphs 84-86). Accordingly, Alberta was entitled to make submissions on appeal. After all, “[t]he purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party” (*R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at page 463).

[7] While the Minister does not rely on the argument raised by Alberta, she has not contradicted or otherwise disavowed Alberta’s position. Nor has she made admissions or taken a position inconsistent with Alberta’s arguments. For these reasons, I am of the view that the issues raised by the Attorney General of Alberta

(1996), 199 N.R. 1 (C.A.F.), au paragraphe 2). Toutefois, ce n’est pas ce que l’Alberta tente de faire.

[5] L’Alberta a obtenu l’autorisation d’intervenir, entre autres choses, sur «les points soulevés dans les moyens 2 et 3 de l’avis d’appel». Le moyen 2 est ainsi libellé:

Subsidiairement, s’il existe des droits de chasser et de piéger issus d’un traité dans le parc national Wood Buffalo, la juge a commis une erreur de droit en concluant que la décision de la ministre d’approuver la route d’hiver dans le parc national Wood Buffalo constituait une atteinte aux droits issus d’un traité.

Je suis d’accord avec la juge Sharlow lorsqu’elle dit qu’il existe encore des droits de chasser et de piéger issus d’un traité dans le parc national Wood Buffalo. La position de l’Alberta est que l’approbation de la route ne constituait pas une atteinte à ces droits parce que la prise de terres aux fins de leur utilisation comme route constitue une limitation territoriale du droit de chasser et de piéger issu d’un traité, laquelle est prévue dans le traité lui-même. L’argument de l’Alberta peut nettement être invoqué dans le cadre de l’intervention permise.

[6] Même si l’avocat de la ministre a décidé de ne pas se fonder sur cet argument à l’audition de l’appel, la question de savoir si l’approbation de la route constituait une atteinte au droit de chasse issu d’un traité des Mikisew se posait encore. Cet argument a été invoqué par la ministre devant la Section de première instance [[2002] 1 C.N.L.R. 169] (telle qu’elle s’appelait alors), mais il a été rejeté pour le motif que, même si l’approbation de la route constituait une prise, elle devait néanmoins être justifiée conformément à l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité (paragraphes 84 à 86). Par conséquent, l’Alberta pouvait à bon droit présenter des arguments en appel. Somme toute, «[u]ne intervention vise à saisir la cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers» (*R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, à la page 463).

[7] La ministre ne se fonde pas sur l’argument soulevé par l’Alberta, mais elle n’a pas contredit ou autrement désavoué la position de cette dernière. Elle n’a pas non plus fait d’aveux ou pris une position incompatible avec les arguments de l’Alberta. Pour ces motifs, je suis d’avis que les questions soulevées par le procureur général de

may be considered in assessing the constitutionality of the Minister's decision to approve the road.

l'Alberta peuvent être prises en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité, sur le plan constitutionnel, de la décision de la ministre d'approuver la route.

WAS THE APPROVAL OF THE ROAD A "TAKING UP"?

L'APPROBATION DE LA ROUTE CONSTITUAIT-ELLE UNE «PRISE»?

[8] Alberta says that the approval of the road cannot be a constitutional infringement because the land for the road has been "taken up" in accordance with a geographic limitation that is expressly stated in the Treaty.

[8] L'Alberta affirme que l'approbation de la route ne peut pas constituer une atteinte constitutionnelle parce que les terres nécessaires pour la route ont été «prises» conformément à une limitation territoriale qui est expressément prévue dans le traité.

[9] The relevant portion of Treaty 8 reads as follows:

[9] La partie pertinente du Traité n° 8 est ainsi libellée:

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

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

The Supreme Court analyzed the extent of this treaty right to hunt in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. As Cory J. pointed out, "by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation" (paragraph 37).

La Cour suprême a analysé l'étendue de ce droit de chasse issu d'un traité dans l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Comme le juge Cory l'a dit, «suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale» (paragraphe 37).

[10] It is true that, on the facts of *Badger*, the treaty right to hunt was subject to paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA) as given effect by the *Constitution Act, 1930* [20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], s. 2]. Here, the NRTA does not apply because Wood Buffalo National Park remained vested in the Government of Canada under paragraph 14 of the NRTA. However, Cory J. held that "the geographical limitation on the right to hunt for food provided by Treaty No. 8 has not been modified by para. 12 of the NRTA" (paragraph 66). His analysis is therefore equally applicable to the unmodified Treaty 8 right to hunt.

[10] Il est vrai que, selon les faits de l'affaire *Badger*, le droit de chasser issu d'un traité était assujéti au paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) (CTRN) à laquelle la *Loi constitutionnelle de 1930* [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], art. 2] a donné effet. Dans ce cas-ci, la CTRN ne s'applique pas parce que le parc national Wood Buffalo a continué à être dévolu au gouvernement du Canada en vertu du paragraphe 14 de cette convention. Toutefois, le juge Cory a statué que «la limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir qui est prévu par le Traité n° 8 n'a pas été modifiée par le par. 12 de la Convention»

[11] Cory J. examined the oral history of the signatories in order to determine how the parties would have understood the geographical limitation on the right to hunt. He concluded that “[a]n interpretation of the Treaty properly founded upon the Indians’ understanding of its terms leads to the conclusion that the geographical limitation on the existing hunting right should be based upon a concept of visible, incompatible land use” (paragraphe 54).

[12] Putting land to use as a winter access road, on or within 200 metres of which the use of firearms is prohibited, is clearly visibly incompatible with hunting on the land.

[13] Although constructing roads is not one of the express geographic limitations referred to in Treaty 8, the express limitations are not exhaustive. Treaty 8 specified that lands may be taken up “for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Roads are not expressly mentioned as one of these contemplated uses, but settlement, mining, lumbering, and trading all necessarily imply access and transportation. In turn, access and transportation necessarily imply the construction of roads. A road therefore is another purpose for which land may be “taken up” under Treaty 8. In *Badger*, Cory J. cited *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, as an example of Crown land being taken up for a public road (paragraphe 59). The approval of the road therefore did constitute a “taking up” within the meaning of Treaty 8.

CAN TAKING UP LAND BE A *PRIMA FACIE* CONSTITUTIONAL INFRINGEMENT?

[14] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionalized “the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada” (emphasis added). In order to determine whether there has been a

(paragraphe 66). Son analyse s’applique donc également au droit de chasse non modifié issu du Traité n° 8.

[11] Le juge Cory a examiné l’histoire orale des signataires afin de déterminer comment les parties auraient conçu la limitation territoriale du droit de chasse. Il a conclu que «[s]i on interprète les termes du Traité en se fondant, comme il se doit, sur la conception qu’en ont les Indiens, on est amené à conclure que la limitation territoriale du droit existant de chasser devrait s’appuyer sur le critère de l’utilisation visible et incompatible des terres en cause» (paragraphe 54).

[12] Le fait d’utiliser les terres comme route d’accès hivernale, sur laquelle ou dans les 200 mètres de laquelle l’utilisation d’armes à feu est prohibée, est visiblement incompatible avec la chasse sur ces terres.

[13] La construction de routes ne constitue pas l’une des limitations territoriales expresses mentionnées dans le Traité n° 8, mais les limitations expresses ne sont pas exhaustives. Le Traité n° 8 précisait que des terres pouvaient être prises «pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». Or, les routes ne sont pas expressément mentionnées comme étant l’une des utilisations envisagées, mais l’établissement, les mines, le commerce de bois ou autres objets laissent tous nécessairement entendre qu’il doit y avoir accès et transport. De leur côté, l’accès et le transport laissent nécessairement entendre que des routes doivent être construites. Une route constitue donc une autre fin pour laquelle les terres peuvent être «prises» en vertu du Traité n° 8. Dans l’arrêt *Badger*, le juge Cory a cité l’arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, comme exemple de cas dans lequel des terres de la Couronne avaient été prises pour la construction d’une voie publique (paragraphe 59). L’approbation de la route constituait donc une «prise» au sens du Traité n° 8.

LA PRISE DE TERRES PEUT-ELLE CONSTITUER UNE ATTEINTE CONSTITUTIONNELLE *PRIMA FACIE*?

[14] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitutionnalisait «[l]es droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada» (non souligné dans l’original). Afin de décider s’il y a eu

prima facie infringement of a constitutionally-protected treaty right, it is therefore necessary to determine the scope of the treaty right that existed in 1982.

[15] Sharlow J.A. says that Treaty 8 should not be interpreted as if it were just an ordinary contract. I agree. Aboriginal treaties should be liberally construed and any uncertainties, ambiguities, or doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians. The words of the treaty must not be interpreted in their strict technical sense but rather must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing (*Badger, supra*, at paragraph 52).

[16] However, in *Badger*, Cory J., after considering the context in which Treaty 8 was signed and the oral history of its signatories, held that (at paragraph 58):

Accordingly, the oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting.

[17] As Cory J. held, a proper interpretation of Treaty 8 indicates that the parties never intended the treaty right to hunt to be an unlimited right; rather, the Indians were willing to accept settlement and other uses of the land that would restrict their right to hunt so long as sufficient unoccupied land would remain to allow them to maintain their traditional way of life.

[18] With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. Neither of these exceptions apply here. This is not a case where the Minister has acted in bad faith; nor, as the land required for the road corridor comprises approximately 23 square kilometres out of the 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National Park or the approximately 840,000 square kilometres

atteinte *prima facie* à un droit issu d'un traité protégé par la Constitution, il faut donc déterminer la portée du droit issu d'un traité qui existait en 1982.

[15] La juge Sharlow dit que le Traité n° 8 ne doit pas être interprété comme s'il s'agissait simplement d'un contrat ordinaire. Je suis d'accord. Les traités conclus avec les Autochtones doivent être interprétés libéralement et toute incertitude, ambiguïté ou expression douteuse doit être réglée en faveur des Indiens. Le texte du traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, mais il doit plutôt être interprété suivant le sens que les Indiens lui auraient naturellement donné à l'époque de sa signature (*Badger*, précité, au paragraphe 52).

[16] Toutefois, dans l'arrêt *Badger*, après avoir examiné le contexte dans lequel le Traité n° 8 avait été signé ainsi que l'histoire orale de ses signataires, le juge Cory a statué ce qui suit (au paragraphe 58):

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

[17] Comme le juge Cory l'a statué, une interprétation appropriée du Traité n° 8 montre que les parties n'ont jamais voulu que le droit de chasse issu d'un traité soit un droit absolu; les Indiens étaient plutôt prêts à accepter l'établissement et d'autres utilisations des terres qui restreindraient leur droit de chasse dans la mesure où il restait suffisamment de terres non occupées pour leur permettre de maintenir leur mode de vie traditionnel.

[18] À l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. Ni l'une ni l'autre de ces exceptions ne s'applique dans ce cas-ci. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel la ministre a agi de mauvaise foi; de plus, étant donné que les terres nécessaires pour le corridor routier ont une superficie d'environ 23 kilomètres carrés sur les 44 807

encompassed by Treaty 8, is this a case where no meaningful right to hunt remains.

[19] The treaty right to hunt has always been limited by the fact that hunting is not permitted on land that has been taken up. It is the right to hunt on land which is not required for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes which obtained constitutional protection when section 35 came into force.

[20] In *Badger, supra*, Cory J. recognized the limited nature of the treaty right to hunt. He found that Mr. Badger and Mr. Kiyawasew were hunting on land that was visibly being used. As their treaty right to hunt did not extend to hunting on such land, the hunting limitations set out in the provincial *Wildlife Act* [S.A. 1984, c. W-9.1] did not infringe their existing right and were properly applied to them (paragraph 67). Accordingly, Cory J. did not find a *prima facie* infringement of section 35 and did not apply the *Sparrow, supra*, test to those defendants.

[21] Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible.

[22] Sharlow J.A. relies on the reasons of Finch J.A. in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.) as support for the proposition that a “taking up” could itself be a *prima facie* infringement of the Mikisew’s treaty rights. However, I find that I am bound by the analysis of Cory J. in *Badger, supra*, which is directly applicable to the facts of this case.

[23] As the approval of the road constituted a taking up within the meaning of Treaty 8, the Mikisew’s treaty

kilomètres carrés dont est composé le parc national Wood Buffalo ou sur les quelque 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité n° 8, il ne s’agit pas non plus d’un cas dans lequel il ne reste aucun droit réel de chasse.

[19] Le droit de chasse issu d’un traité a toujours été restreint étant donné que la chasse n’est pas permise sur les terres qui ont été prises. C’est le droit de chasse sur les terres qui ne sont pas nécessaires pour la colonisation, les mines, le commerce de bois ou d’autres objets qui a été protégé par la Constitution lorsque l’article 35 est entré en vigueur.

[20] Dans l’arrêt *Badger*, précité, le juge Cory a reconnu la nature restreinte du droit de chasse issu d’un traité. Il a conclu que M. Badger et M. Kiyawasew chassaient sur des terres qui étaient visiblement utilisées. Étant donné que le droit de chasse issu d’un traité ne s’étendait pas à la chasse sur ces terres, les limites applicables à la chasse énoncées dans la *Wildlife Act* [S.A. 1984, ch. W-9.1] provinciale ne portaient pas atteinte au droit existant des intimés et elles leur ont donc à juste titre été appliquées (paragraphe 67). Le juge Cory n’a donc pas conclu à une atteinte *prima facie* aux droits prévus à l’article 35 et il n’a pas appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*, précité, à ces intimés.

[21] Lorsqu’une limitation expressément prévue par un traité s’applique, le traité n’est pas violé et l’article 35 n’est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s’appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* pour que l’atteinte soit permise sur le plan constitutionnel.

[22] La juge Sharlow se fonde sur les motifs prononcés par le juge Finch dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (C.A.C.-B.) à l’appui de la thèse selon laquelle une «prise» peut en soi constituer une atteinte *prima facie* aux droits issus d’un traité des Mikisew. Toutefois, je conclus que je suis lié par l’analyse effectuée par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, précité, laquelle s’applique directement aux faits de l’affaire.

[23] Étant donné que l’approbation de la route constituait une prise au sens du Traité n° 8, le droit issu

right to hunt on the road corridor is suspended for as long as it is being used for a purpose visibly incompatible with hunting. There therefore has been no infringement of Treaty 8, as constitutionalized by section 35, that requires the application of the *Sparrow* test.

[24] Although the Minister was not obligated to consult with the Mikisew before approving the road project, it may well have been good practice for her to have consulted more extensively than she did. However, the advisability and extent of such consultation was within the Minister's discretion. There is no basis for this Court interfering with that exercise of discretion.

CONCLUSION

[25] A number of environmental and administrative law issues were raised in the Mikisew's original application for judicial review. The Trial Division Judge did not consider it necessary to deal with these issues given her finding on the constitutional issue. The Mikisew did not address these issues in their factum or in oral argument. Nor have they requested that the matter be sent back to the Federal Court for a determination of those issues.

[26] The appeal should be allowed, the decision of the Trial Division set aside, and the decision of the Minister of Canadian Heritage restored.

SEXTON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[27] SHARLOW J.A. (dissenting): The Minister is appealing a judgment of the Federal Court Trial Division setting aside the decision of the Minister of Canadian Heritage to approve the construction of a winter road through Wood Buffalo National Park: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*,

d'un traité des Mikisew de chasser dans le corridor routier est suspendu tant que le corridor est utilisé à des fins visiblement incompatibles avec la chasse. Il n'y a donc pas eu atteinte aux droits reconnus par le Traité n° 8, tel qu'il a été constitutionnalisé par l'article 35, qui exige l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

[24] La ministre n'était pas tenue de consulter les Mikisew avant d'approuver le projet de route, mais les règles de bonne pratique auraient peut-être bien exigé qu'elle les consulte plus amplement qu'elle ne l'a fait. Toutefois, l'opportunité et l'ampleur de cette consultation relevaient du pouvoir discrétionnaire de la ministre. Rien ne permet à la Cour d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

CONCLUSION

[25] Dans leur demande initiale de contrôle judiciaire, les Mikisew ont soulevé un certain nombre de points relevant du droit environnemental et du droit administratif. La juge de première instance n'a pas estimé nécessaire d'examiner ces points étant donné la conclusion qu'elle avait tirée au sujet de la question constitutionnelle. Les Mikisew n'ont pas abordé ces points dans leur exposé ou dans leur argumentation orale. Ils n'ont pas non plus demandé que l'affaire soit renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle les tranche.

[26] J'estime que l'appel doit être accueilli, que la décision de la Section de première instance doit être annulée et que la décision de la ministre du Patrimoine canadien doit être rétablie.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[27] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. (dissidente): La ministre interjette appel d'un jugement de la Cour fédérale, première instance annulant la décision de la ministre du Patrimoine canadien d'approuver la construction d'une route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo: *Première nation Crie Mikisew c. Canada*

[2002] 1 C.N.L.R. 169 (F.C.T.D.). The statutory authority for the Minister's decision is section 8 of the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32.

(*Ministre du Patrimoine canadien*), [2002] 1 C.N.L.R. 169 (C.F. 1^{re} inst.). Le pouvoir législatif de la ministre de prendre la décision est prévu à l'article 8 de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32.

[28] A number of issues are raised in this appeal. My discussion is organized under the following headings:

[28] Un certain nombre de questions sont soulevées dans le présent appel. L'analyse sera effectuée sous les titres suivants:

A. Facts

A. Les faits

B. Standard of review

B. Norme de contrôle

C. Was notice required under section 57 of the *Federal Court Act*?

C. Un avis devait-il être signifié en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

D. Do Treaty 8 hunting rights subsist in Wood Buffalo National Park?

D. Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 subsistent-ils dans le parc national Wood Buffalo?

(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been "taken up" by the Crown?

(1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elles été «prises» par la Couronne?

(2) Is the land comprising Wood Buffalo National Park "occupied Crown land"?

(2) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo sont-elles des «terres occupées de la Couronne»?

(3) Have hunting rights been abolished by statute within Wood Buffalo National Park?

(3) Les droits de chasse ont-ils été abolis par la loi à l'intérieur du parc national Wood Buffalo?

(4) Conclusion

(4) Conclusion

E. *Prima facie* infringement

E. Atteinte *prima facie*

(1) The establishment of the road as a "taking up"

(1) L'établissement de la route en tant que «prise»

(2) Was the winter road approval a *prima facie* infringement?

(2) L'approbation de la route d'hiver constituait-elle une atteinte *prima facie*?

F. Justification

F. Justification

(1) First branch: the objective of the decision

(1) Premier volet: but de la décision

(2) Second branch: the Crown's obligation as fiduciary

(2) Deuxième volet: obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire

G. Conclusion

G. Conclusion

A. Facts

A. Les faits

[29] Mikisew Cree First Nation is an Indian Band as defined by the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5

[29] La Première nation crie Mikisew est une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985),

[subsection 2(1)]. George Poitras is the Chief of Mikisew Cree First Nation.

[30] The members of Mikisew Cree First Nation are descendants of the Cree Indians of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899 at Fort Chipewyan. Accordingly, they are entitled to the benefits of Treaty 8.

[31] The relevant portions of Treaty 8 read as follows:

Whereas the Indians inhabiting the territory hereinafter defined have . . . been convened to meet a Commission representing Her Majesty's Government of the Dominion of Canada at certain places in the said territory in this present year 1899, to deliberate upon certain matters of interest to Her Most Gracious Majesty, of the one part, and the said Indians of the other.

And whereas, the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering, and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty's other subjects, and that Her Indian people may know and be assured of what allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence.

...

And whereas, the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the Cree, Beaver, Chipewyan and other Indians, inhabiting the district hereinafter defined and described, and the same has been agreed upon and concluded by the respective Bands at the dates mentioned hereunder, the said Indians DO HEREBY CEDE, RELEASE, SURRENDER AND YIELD UP to the Government of the Dominion of Canada, for Her Majesty the Queen and Her successors for ever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits . . .

...

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have the right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such

ch. I-5 [paragraphe 2(1)]. George Poitras est chef de la Première nation crie Mikisew.

[30] Les membres de la Première nation crie Mikisew sont les descendants des Indiens cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 le 21 juin 1899 à Fort Chipewyan. Ils ont donc droit aux avantages qu'offre le Traité n° 8.

[31] Les parties pertinentes du Traité n° 8 sont ci-après reproduites:

Considérant que les sauvages habitant le pays ci-après décrit se sont [. . .] réunis en conférence pour rencontrer une commission représentant le gouvernement de Sa Majesté pour le Dominion du Canada, à certains endroits dans lesdits territoires dans cette présente année 1899, pour délibérer sur certaines affaires qu'intéressent Sa Très Gracieuse Majesté, d'une part, et lesdits sauvages, d'autre part;

Et considérant, que lesdits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître et savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté;

[. . .]

Et considérant que les dits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec les Cris, les Castors, les Chippewyans et les autres sauvages habitant le district ci-après défini et décrit, et que ce traité a été finalement accepté et conclu par les bandes respectives aux dates ci-dessous mentionnées, les dits sauvages par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et ses successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes [. . .]

[. . .]

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que

regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [My emphasis.]

[32] The “tract of country bounded and described” in Treaty 8 is the area in which the Aboriginal signatories were guaranteed the right to hunt, trap and fish, subject to the other terms of the Treaty. That area encompasses 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories.

[33] Wood Buffalo National Park was created in 1922 and expanded in 1926. The area that is now Wood Buffalo National Park is partly in Alberta and partly in the Northwest Territories. It is administered from Fort Smith, Northwest Territories, located near the northeastern boundary of the Park.

[34] Wood Buffalo National Park is located entirely within the area of Treaty 8, occupying approximately 5% of that area. Thus, all of the land now comprising Wood Buffalo National Park is land on which the Aboriginal signatories to Treaty 8 had the right to hunt, trap and fish before the Park was established.

[35] An agreement dated December 23, 1986 resulted in the establishment of a number of reserves for Mikisew Cree First Nation, including a reserve at Peace Point, which is located within the boundaries of Wood Buffalo National Park on the all-weather road that runs into the Park from Fort Smith. The area of the Peace Point Reserve has been formally removed from the Park, although the Park surrounds it.

[36] The 1986 agreement provided for the continuation of hunting rights within the Park, subject to regulation and to the advice and recommendations of a Wildlife Advisory Board consisting of four members of Mikisew Cree First Nation, three persons appointed by the Crown and, as a non-voting member, the

ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets. [Non souligné dans l'original.]

[32] L'«étendue de pays, bornée et décrite» dont il est fait mention dans le Traité n° 8 est le secteur dans lequel les signataires autochtones s'étaient vu garantir le droit de chasser, de piéger et de pêcher, sous réserve des autres dispositions du Traité. Ce secteur, d'une superficie de 840 000 kilomètres carrés, est situé dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et le sud des Territoires du Nord-Ouest.

[33] Le parc national Wood Buffalo a été créé en 1922; il a été agrandi en 1926. La région qui constitue maintenant le parc national Wood Buffalo est située en partie en Alberta et en partie dans les Territoires du Nord-Ouest. Le parc est administré depuis Fort Smith (Territoires du Nord-Ouest), ville qui est située près de la limite nord-est du parc.

[34] Le parc national Wood Buffalo est entièrement situé dans le secteur visé par le Traité n° 8; il occupe environ 5 p. 100 de ce secteur. Par conséquent, toutes les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo sont des terres sur lesquelles les signataires autochtones du Traité n° 8 avaient un droit de chasse, de piégeage et de pêche avant la création du parc.

[35] Une entente en date du 23 décembre 1986 a abouti à la création d'un certain nombre de réserves destinées à la Première nation crie Mikisew, notamment une réserve à Peace Point, qui est située dans les limites du parc national Wood Buffalo, sur la route carrossable en tout temps qui traverse le parc depuis Fort Smith. Le secteur de la réserve de Peace Point a officiellement été exclu du parc, mais le parc entoure la réserve.

[36] L'entente de 1986 prévoyait le maintien des droits de chasse à l'intérieur du parc, sous réserve des règlements applicables ainsi que des conseils et recommandations d'un comité consultatif sur la faune composé de quatre membres de la Première nation crie Mikisew, de trois personnes nommées par la Couronne et,

Superintendent of the Park.

[37] The proponent of the winter road through Wood Buffalo National Park is the respondent The Thebacha Road Society, a non-profit organization registered in both the Northwest Territories and Alberta. Its members include the town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park), the Fort Smith Métis Council, Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation.

[38] A winter road is essentially an ice road, constructed annually in early winter when there is sufficient snow to be compacted and watered to create an ice base. The road disappears in the spring when the snow and ice melt. The right of way for a winter road is permanent, as long as it is kept clear of trees and bushes.

[39] The record contains ample evidence that the construction of the winter road is supported by individuals living in and near Wood Buffalo National Park, including residents of Fort Smith and individuals from the First Nations who are members of the Thebacha Road Society. The anticipated benefits of the winter road to its proponents are obvious and well documented.

[40] The proposed winter road would be 118 kilometres long, joining Peace Point and Garden River, a settlement of the Little Red River Cree First Nation that is located within Wood Buffalo National Park, near the southwestern boundary, and would thus connect with the Alberta highway system. Most of the route of the proposed winter road would follow an abandoned right of way that was cleared for a winter road in 1958, but was only operational until 1960. It would be wide enough to allow two vehicles to meet and pass. The road allowance would be 10 metres wide. Vehicle use would be limited to pick-up trucks, cars and vans. The posted speed limits would range from 10 to 40 kilometres per hour.

[41] Pursuant to subsection 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, the

en sa qualité de membre sans droit de vote, du surintendant du parc.

[37] La promotrice de la route d'hiver passant dans le parc national Wood Buffalo est la Thebacha Road Society, intimée, un organisme sans but lucratif inscrit dans les Territoires du Nord-Ouest et en Alberta. Parmi les membres de cet organisme, il y a la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo), le conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River.

[38] Une route d'hiver est essentiellement une route en glace, construite chaque année au début de l'hiver, lorsqu'il y a suffisamment de neige à tasser et à arroser pour créer une base en glace. La route disparaît au printemps lorsque la neige et la glace fondent. Le droit de passage pour une route d'hiver est permanent, dans la mesure où on le garde libre d'arbres et de broussailles.

[39] Le dossier renferme de nombreux éléments de preuve montrant que la construction de la route d'hiver est appuyée par des personnes qui habitent dans le parc national Wood Buffalo et près du parc, y compris des résidents de Fort Smith et des membres des Premières nations qui font partie de la Thebacha Road Society. Les avantages prévus qu'offrirait la route d'hiver à ses promoteurs sont évidents et bien documentés.

[40] La route d'hiver proposée aurait 118 kilomètres de long et relierait Peace Point à Garden River, un peuplement de la Première nation crie de Little Red River qui est situé dans le parc national Wood Buffalo, près de la limite sud-ouest, et qui serait relié au réseau routier de l'Alberta. Presque tout le tracé de la route d'hiver proposée suivrait un droit de passage abandonné qui avait été défriché pour une route d'hiver en 1958, mais qui avait uniquement été utilisé jusqu'en 1960. La route serait suffisamment large pour permettre la circulation à deux sens et le doublement. La réserve routière aurait une largeur de dix mètres. Seules les camionnettes, les voitures et les fourgonnettes pourraient utiliser la route. Les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l'heure.

[41] Par application du paragraphe 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830,

establishment of the winter road would result in the creation of a 200-metre-wide road corridor in which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres (approximately .05% of the total area of Wood Buffalo National Park).

[42] There are approximately 14 trappers who are members of Mikisew Cree First Nation and who reside in the trapping area to be traversed by the proposed road. There are other members of Mikisew Cree First Nation who may trap in that area although they do not live there. There may be as many as 100 such individuals who hunt in the vicinity of the proposed winter road. Mikisew Cree First Nation is concerned that the road would result in fragmentation of habitat, loss of vegetation, erosion, increased poaching, increased wildlife mortality due to vehicle collisions, increased risk to sensitive and unique karst landforms and the introduction of foreign invasive plant species brought in on the wheels of vehicles and the buckets of graders and back-hoes.

[43] Construction of a road along the route in question was accepted in principle in 1984. In the summer of 1999, a meeting was held at Fort Smith between government officials and supporters of the road. The supporters later formed the Thebacha Road Society and submitted a proposal to Parks Canada for the re-establishment of a winter road along the route of the 1958 winter road. The proposed road would cross a 0.8 km long section of the Peace Point Reserve at the east end to connect with the existing all weather road from Fort Smith. Parks Canada developed terms of reference for the environmental assessment of the winter road project.

[44] Mikisew Cree First Nation was informed by the Thebacha Road Society of their desire to construct a winter road from Peace Point to Garden River. The Thebacha Road Society asked Mikisew Cree First Nation to support the road. Mikisew Cree First Nation advised that it would have to explore the proposal in detail and consider whether the road would be in their best interests.

l'aménagement de la route d'hiver aurait pour effet de créer un corridor routier de 200 mètres de largeur à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés (soit environ 0,05 p. 100 de la superficie totale du parc national Wood Buffalo).

[42] Environ 14 trappeurs membres de la Première nation crie Mikisew vivent dans la zone de piégeage que la route proposée doit traverser. D'autres membres de la Première nation crie Mikisew peuvent pratiquer le piégeage dans cette zone même s'ils n'y vivent pas. Il peut y avoir jusqu'à 100 personnes qui chassent aux alentours de la route d'hiver proposée. La Première nation crie Mikisew craint que la route entraîne la fragmentation de l'habitat et le dépérissement de la végétation, favorise l'érosion, augmente le braconnage, augmente le nombre d'animaux tués par suite de collisions avec des véhicules, fasse courir un plus grand risque aux délicates formations karstiques uniques en leur genre et introduise des espèces végétales étrangères envahissantes, transportées par les roues des véhicules et par les godets des niveleuses et des pelles rétrocaveuses.

[43] La construction d'une route suivant le tracé en question a été acceptée en principe en 1984. Pendant l'été 1999, une rencontre a eu lieu à Fort Smith entre les représentants du gouvernement et les promoteurs de la route. Les promoteurs ont par la suite formé la Thebacha Road Society et ont soumis à Parcs Canada une proposition visant le rétablissement d'une route d'hiver suivant le tracé de la route d'hiver de 1958. La route proposée devait traverser sur une distance de 0,8 kilomètre une section de la réserve de Peace Point, à l'extrémité est, et être reliée à la route carrossable en tout temps existant depuis Fort Smith. Parcs Canada a établi un cadre de référence pour l'évaluation environnementale du projet de route d'hiver.

[44] La Thebacha Road Society a informé la Première nation crie Mikisew qu'elle voulait construire une route d'hiver de Peace Point à Garden River. Elle a demandé à la Première nation crie Mikisew de donner son appui au projet. La Première nation crie Mikisew a répondu qu'elle devait examiner la proposition en détail et déterminer si la route servait au mieux ses intérêts.

[45] On January 19, 2000, Parks Canada provided Mikisew Cree First Nation with a copy of the terms of reference for the environmental assessment and advised on the timelines for responses and the subsequent public review period. The environmental assessment report was completed by an independent agency, Westworth Associates Environmental Ltd., in April of 2000. The report noted that the winter road would likely result in some fragmentation of habitat. Chief Poitras was provided with copies of the environmental assessment report in August of 2000. Mikisew Cree First Nation did not respond to the report during the 64-day period of public consultation.

[46] On July 20, 2000, Park Superintendent Josie Weninger met with Chief Poitras and provided him with more information regarding the status of the proposed road project. On July 25, 2000, an open house was held by Parks Canada at Fort Chipewyan. It was attended by two trappers who are members of Mikisew Cree First Nation.

[47] On August 3, 2000, Park Superintendent Weninger met with Chief Poitras and gave him an update on the status of the road proposal. By letter dated August 16, 2000, Lawrence Vermillion, a Mikisew Cree First Nation trapper, sent a letter to Richard Power of the Thebacha Road Society, with a copy to Park Superintendent Weninger, outlining the concerns of seven Mikisew Cree First Nation trappers who trap in the area of the proposed road. Among the concerns raised were impacts on the furbearers, increased vandalism and poaching, and possible compensation.

[48] On October 10, 2000, Mikisew Cree First Nation informed Park Superintendent Weninger by letter that it did not consent to the construction of the road through its Peace Point Reserve for a number of reasons. In particular, Mikisew Cree First Nation raised concerns about unresolved issues surrounding its role in the management of the Park, which was the subject of litigation, and identified the concerns of Mikisew Cree First Nation trappers and their commitment to

[45] Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a remis à la Première nation crie Mikisew une copie du cadre de référence pour l'évaluation environnementale et l'a informée des dates limites des réponses et de la période subséquente d'examen public. Le rapport d'évaluation environnementale a été dressé par une entreprise indépendante, Westworth Associates Environmental Ltd., au mois d'avril 2000. Les auteurs du rapport faisaient remarquer que la route d'hiver entraînerait probablement une certaine fragmentation de l'habitat. Des exemplaires du rapport ont été transmis au chef Poitras au mois d'août 2000. La Première nation crie Mikisew n'a pas répondu au rapport pendant la période de consultation publique de 64 jours.

[46] Le 20 juillet 2000, la surintendante du parc, Josie Weninger, a rencontré le chef Poitras et lui a donné des renseignements additionnels au sujet de l'état du projet de route. Le 25 juillet 2000, une séance portes ouvertes a été organisée par Parcs Canada à Fort Chipewyan. Deux trappeurs qui étaient membres de la Première nation crie Mikisew y ont assisté.

[47] Le 3 août 2000, la surintendante du parc, M^{me} Weninger, a rencontré le chef Poitras et lui a remis un bilan de l'état du projet de route. Par une lettre en date du 16 août 2000, Lawrence Vermillion, un trappeur de la Première nation crie Mikisew, a envoyé une lettre à Richard Power, de la Thebacha Road Society, avec copie conforme à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, dans laquelle il y exposait les préoccupations de sept trappeurs de la Première nation crie Mikisew qui pratiquaient le piégeage dans le secteur de la route proposée. Ces trappeurs craignaient entre autres les incidences sur les animaux à fourrure et l'augmentation du vandalisme et du braconnage et ils soulevaient la question d'une indemnisation possible.

[48] Le 10 octobre 2000, la Première nation crie Mikisew a fait savoir par lettre à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, qu'elle ne consentait pas à ce que la route soit construite à travers la réserve de Peace Point, et ce, pour plusieurs raisons. En particulier, la Première nation crie Mikisew a exprimé de l'inquiétude au sujet des problèmes non résolus concernant son rôle dans la gestion du parc, qui faisait l'objet d'une action en justice, et a mentionné les craintes exprimées par les trappeurs de la

conservation of park lands.

[49] On January 19, 2001, Chief Poitras made a trip to Fort Smith for a planned meeting with Park Superintendent Weninger. Ms. Weninger took ill, and the Chief and Council met with Senior Policy Advisor Don Aubrey instead. They discussed a number of issues at the meeting, but most significantly Mikisew Cree First Nation learned that Parks Canada and the Thebacha Road Society had been engaged in ongoing discussions concerning the road initiative, and that the road was very near approval. Chief Poitras asked Mr. Aubrey to have Ms. Weninger call him immediately upon her return to work to discuss the decision-making process and specifically, to discuss Mikisew Cree First Nation's exclusion from it.

[50] On January 25, 2001, Chief Poitras spoke with Richard Power of the Thebacha Road Society. Mr. Power denied having knowledge of Mikisew Cree First Nation's concerns with the road, as set out in the letter of October 10, 2000, and asked that Mikisew Cree First Nation forward him a copy. Mr. Power advised the Chief that Parks Canada had led the Thebacha Road Society to believe that Mikisew Cree First Nation had no objection to the road going through the reserve, and that he had just been informed for the first time by Tom Lee, the Chief Executive Officer of Parks Canada, that Mikisew Cree First Nation did not support the road.

[51] On January 29, 2001, Chief Poitras and the Council of Mikisew Cree First Nation met with the Thebacha Road Society representatives. The Thebacha Road Society sought the support of Mikisew Cree First Nation, but the Chief and Council explained they were extremely frustrated by the manner in which Parks Canada had been handling the process. The Chief and Council circulated a letter they had just sent to the Minister, and told the representatives of the Thebacha Road Society that they would have to wait to hear from the Minister with regard to their concerns before they could give the Thebacha Road Society an answer. The Thebacha Road Society also committed to lobby their MLA and MP to impress on the Minister the urgency of

Première nation crie Mikisew ainsi que leur volonté de préserver les terres du parc.

[49] Le 19 janvier 2001, le chef Poitras s'est rendu à Fort Smith pour une rencontre prévue avec la surintendante du parc. M^{me} Weninger était malade; le chef et le conseil ont donc rencontré le conseiller principal en matière de politiques, Don Aubrey. Lors de la rencontre, ils ont discuté d'un certain nombre de questions, mais ce qui est encore plus important, la Première nation crie Mikisew a appris que Parcs Canada et la Thebacha Road Society avaient entrepris des discussions continues au sujet du projet de route et qu'une approbation était imminente. Le chef Poitras a chargé M. Aubrey de demander à M^{me} Weninger de l'appeler dès qu'elle retournerait travailler pour discuter du processus décisionnel et, plus précisément, de l'exclusion de la Première nation crie Mikisew.

[50] Le 25 janvier 2001, le chef Poitras a parlé à Richard Power, de la Thebacha Road Society. M. Power a nié avoir eu connaissance des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de la route, telles qu'elles étaient exprimées dans la lettre du 10 octobre 2000, et a demandé à la Première nation crie Mikisew de lui en transmettre une copie. M. Power a informé le chef que Parcs Canada avait amené la Thebacha Road Society à croire que la Première nation crie Mikisew ne s'opposait pas à ce que la route passe par la réserve et qu'il venait d'être informé pour la première fois par Tom Lee, directeur général à Parcs Canada, que la Première nation crie Mikisew n'appuyait pas le projet.

[51] Le 29 janvier 2001, le chef Poitras et le conseil de la Première nation crie Mikisew ont rencontré des représentants de la Thebacha Road Society. La Thebacha Road Society a demandé l'appui de la Première nation crie Mikisew, mais le chef et le conseil ont expliqué que la façon dont Parcs Canada avait traité le processus les frustrait énormément. Le chef et le conseil ont fait circuler une lettre qu'ils venaient d'envoyer à la ministre; ils ont dit aux représentants de la Thebacha Road Society qu'ils devaient attendre que la ministre réponde à leurs préoccupations avant de pouvoir répondre à la Thebacha Road Society. La Thebacha Road Society s'est également engagée à exercer des pressions auprès du député provincial et du député fédéral pour qu'ils fassent

meeting with Mikisew Cree First Nation on the road initiative.

[52] It was apparently at that meeting that Mikisew Cree First Nation learned that the commencement of construction was imminent. On the same day, Mikisew Cree First Nation sent a letter to the Minister expressing their concerns with the proposed road, and with Parks Canada's failure to consult with Mikisew Cree First Nation. They proposed a meeting the following week with the Minister, Mr. Lee and the then Minister of Indian Affairs, emphasizing the urgency of the situation.

[53] On February 2, 2001, Chief Poitras spoke to Park Superintendent Weninger. She advised him that the Thebacha Road Society was working on a proposal for an alternative route. There is conflicting evidence as to the content of the discussion. The Minister submits that traplines were discussed. Mikisew Cree First Nation submits that Chief Poitras asked to be involved in any deliberations on an alternative route, but Ms. Weninger was very vague with regard to what the route was and where the process was going from there.

[54] On February 5, 2001, Chief Poitras contacted Mr. Power of the Thebacha Road Society, and informed him that Mikisew Cree First Nation was still waiting to hear from the Minister, and its position on the road had not changed. Chief Poitras confirmed the conversation in a letter dated February 5, 2001. On the same day, Chief Poitras also spoke with Park Superintendent Weninger and again asked her about the alternative route. She advised him that they were still looking at two possible routes and also notified him about her research into *ex gratia* payments to individual trappers. When Chief Poitras met with the Peace Point trappers, they advised him that they had also expressed their concerns to Park Superintendent Weninger. They had told her that they were greatly concerned about the impact the road would have on their traplines, and that offering compensation did not solve the issue because once the nature of the land was changed, the damage could not be undone.

comprendre à la ministre qu'il fallait rencontrer sans délai la Première nation crie Mikisew au sujet du projet de route.

[52] C'est apparemment lors de cette rencontre que la Première nation crie Mikisew a appris que les travaux de construction devaient commencer presque immédiatement. Le même jour, la Première nation crie Mikisew a envoyé à la ministre une lettre lui exprimant ses préoccupations au sujet du projet de route et de l'omission de Parcs Canada de la consulter. La Première nation crie Mikisew invitait la ministre, M. Lee et le ministre des Affaires indiennes de l'époque à la rencontrer la semaine suivante, en insistant sur l'urgence de la situation.

[53] Le 2 février 2001, le chef Poitras a parlé à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, qui l'a informé que la Thebacha Road Society élaborait une proposition pour un autre tracé. Il existe des éléments de preuve contradictoires au sujet de la teneur de la conversation. La ministre affirme qu'il a été question des réseaux de piégeage. La Première nation crie Mikisew affirme que le chef Poitras a demandé à participer à toute discussion relative à un nouveau tracé, mais M^{me} Weninger a été très vague sur ce point et au sujet du processus qui serait suivi.

[54] Le 5 février 2001, le chef Poitras a communiqué avec M. Power, de la Thebacha Road Society, et l'a informé que la Première nation crie Mikisew attendait toujours des nouvelles de la ministre et que la position qui avait été prise au sujet de la route n'avait pas changé. Le chef Poitras a confirmé la conversation dans une lettre en date du 5 février 2001. Le même jour, le chef Poitras a également parlé à la surintendante du parc, M^{me} Weninger, et lui a de nouveau demandé des détails au sujet du nouveau tracé. M^{me} Weninger lui a dit que deux possibilités étaient encore à l'étude et l'a également informé qu'elle examinait la possibilité d'effectuer des versements à titre gracieux aux trappeurs individuels. Lorsque le chef Poitras a rencontré les trappeurs de Peace Point, ceux-ci lui ont fait savoir qu'ils avaient également fait part de leurs craintes à la surintendante du parc. Ils avaient dit à celle-ci qu'ils redoutaient les incidences que la route aurait sur leurs réseaux de piégeage et qu'une offre d'indemnisation ne réglait pas le problème parce

[55] On February 9, 2001, Mikisew Cree First Nation received a standard-form response letter from the Minister's office stating that its correspondence "will be given every consideration".

[56] In March of 2001, Parks Canada and Westworth Associates Environmental Ltd. completed the field inspection and biophysical resource assessment on a realignment of the winter road that would avoid the Peace Point Reserve. The new proposal was that the road would track the Peace Point Reserve by extending 10 metres from the Reserve boundary for 2.5 kilometres before joining the all-weather road from Fort Smith. Mikisew Cree First Nation was never informed that the route for the realignment had been chosen, and was not consulted on the realignment, or the related environmental assessments.

[57] In March and April of 2001, Chief Poitras spoke on the telephone several times with Park Superintendent Weninger and Gaby Fortin, Director General West of Parks Canada, attempting to arrange a meeting with Parks Canada to address Mikisew Cree First Nation's concerns. It was extremely difficult to get a meeting arranged, for both parties, and a number of phone calls went back and forth. On April 27, 2001, Chief Poitras finally met with Gaby Fortin in Calgary. At that meeting the Chief learned the route of the realignment. He asked that someone meet with Mikisew Cree First Nation's Council to make a full presentation on the realignment, and was informed that it could not be done until after the formal announcement of the approval. The Chief strongly disagreed and was promised that a presentation would take place in Mikisew Cree First Nation's Council Chambers on May 2, 2001. Chief Poitras attested that Parks Canada made it very clear to him that the decision had already been made to approve the realignment.

[58] In response, Gaby Fortin sent Mikisew Cree First Nation a letter dated April 30, 2001 apologizing for

que, une fois modifiée la nature des terres, le dommage était irréparable.

[55] Le 9 février 2001, la Première nation crie Mikisew a reçu en réponse du bureau de la ministre une lettre type disant [TRADUCTION] qu'«il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l'attention requise».

[56] Au mois de mars 2001, Parcs Canada et Westworth Associates Environmental Ltd. ont réalisé l'inspection sur le terrain et l'évaluation des ressources biophysiques concernant le nouveau tracé de la route d'hiver, qui éviterait la réserve de Peace Point. Selon la nouvelle proposition, la route longerait la limite de la réserve de Peace Point, à 10 mètres de celle-ci, sur une distance de 2,5 kilomètres et rejoindrait ensuite la route carrossable en tout temps de Fort Smith. On n'a jamais informé la Première nation crie Mikisew que le nouveau tracé avait été choisi et on ne l'a pas consultée sur ce point et au sujet des évaluations environnementales connexes.

[57] Aux mois de mars et d'avril 2001, le chef Poitras s'est entretenu au téléphone plusieurs fois avec la surintendante du parc, M^{me} Weninger, et avec Gaby Fortin, directeur exécutif, région de l'Ouest, à Parcs Canada, pour tenter d'organiser une rencontre avec Parcs Canada afin de discuter des préoccupations de la Première nation crie Mikisew. Il a été fort difficile pour les deux parties d'organiser une rencontre et plusieurs appels téléphoniques ont été échangés. Le 27 avril 2001, le chef Poitras a finalement rencontré Gaby Fortin, à Calgary. Lors de cette rencontre, le chef Poitras a été mis au courant du nouveau tracé. Il a demandé à ce que quelqu'un rencontre le conseil de la Première nation crie Mikisew pour lui donner des renseignements complets au sujet du nouveau tracé; il s'est fait dire qu'une telle rencontre était impossible avant l'annonce officielle de l'approbation. Le chef a fermement manifesté son désaccord et on lui a promis qu'une présentation serait faite dans la salle du conseil de la Première nation crie Mikisew le 2 mai 2001. Le chef Poitras a affirmé que Parcs Canada lui avait clairement dit que la décision d'approuver le nouveau tracé avait déjà été prise.

[58] En réponse, Gaby Fortin a envoyé à la Première nation crie Mikisew, le 30 avril 2001, une lettre dans

excluding Mikisew Cree First Nation from the consultation process. The letter stated in part: “I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the MCFN. It was never Parks Canada’s intention to exclude you from the process nor to place the MCFN in a negative light in the community.”

[59] On May 2, 2001, a meeting was held between Park Superintendent Weninger, Gaby Fortin, and the Chief and Council of Mikisew Cree First Nation. They discussed Mikisew Cree First Nation’s January 2001 letter to the Minister. The Chief and Council emphasized Mikisew Cree First Nation’s dissatisfaction with being excluded from the road proposal process.

[60] On May 17, 2001, Mikisew Cree First Nation sent the Minister another letter informing her of its concerns with the realignment. Mikisew Cree First Nation expressed their disappointment and concern over Parks Canada’s failure to consult, particularly in light of the fact that Parks Canada was aware, at least as of October 2000, that Mikisew Cree First Nation had substantial concerns with regard to the proposed road.

[61] On May 25, 2001, Mr. Lee issued a message to all staff announcing the approval of the road and indicating that Parks Canada would not consider an all-weather road proposal. Gaby Fortin called Chief Poitras to inform him of the decision. Mr. Lee also sent a letter to Chief Poitras as a formal response to the May 17, 2001 letter to the Minister. The letter indicated that Parks Canada recognized that the consultation process had not been adequately conducted, but pointed out that there had been meetings and discussions between Mikisew Cree First Nation and Parks Canada.

[62] On May 25, 2001, a notice entitled “Parks Canada Determination Regarding the Thebacha Road Society Proposal to Reopen a Winter Snow Road in Wood Buffalo National Park” was posted to the website of Wood Buffalo National Park. The following appeared under the heading “Finding and Determination”:

laquelle il s’excusait de l’avoir exclue du processus de consultation. La lettre était en partie ainsi libellée: [TRADUCTION] «Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s’est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d’hiver et pour toute perception publique négative de la PNCM. Parcs Canada n’a jamais eu l’intention de vous exclure du processus ni de faire paraître la PNCM sous un jour défavorable dans la communauté.»

[59] Le 2 mai 2001, une rencontre a eu lieu entre la surintendante du parc, Gaby Fortin et le chef et le conseil de la Première nation crie Mikisew. Il a été question de la lettre que la Première nation crie Mikisew avait envoyée à la ministre au mois de janvier 2001. Le chef et le conseil ont insisté sur le mécontentement que ressentait la Première nation crie Mikisew par suite de son exclusion du processus relatif au projet de route.

[60] Le 17 mai 2001, la Première nation crie Mikisew a envoyé à la ministre une autre lettre l’informant des préoccupations qu’elle avait au sujet du nouveau tracé. La Première nation crie Mikisew a exprimé sa déception et son inquiétude au sujet de l’omission de Parcs Canada de la consulter, étant donné en particulier que Parcs Canada savait, du moins au mois d’octobre 2000, que la route proposée la préoccupait grandement.

[61] Le 25 mai 2001, M. Lee a envoyé à l’ensemble du personnel un message annonçant l’approbation de la route et indiquant que Parcs Canada n’étudierait pas un projet de route carrossable en tout temps. Gaby Fortin a appelé le chef Poitras pour l’informer de la décision. M. Lee a également envoyé une lettre au chef Poitras à titre de réponse officielle à la lettre envoyée à la ministre le 17 mai 2001. La lettre indiquait que Parcs Canada reconnaissait que le processus de consultation n’avait pas été adéquat, mais on signalait qu’il y avait eu des rencontres et des discussions entre la Première nation crie Mikisew et Parcs Canada.

[62] Le 25 mai 2001, un avis intitulé «Décision de Parcs Canada concernant la proposition de la Thebacha Road Society—Réouverture d’une route de neige dans le Parc National Wood Buffalo» s’affichait dans le site Web du parc national Wood Buffalo. Sous le titre «Conclusion et décision», on pouvait lire ce qui suit:

Parks Canada and its [sic] co-Responsible Authority HRDC have found the proposed reopening of the Garden River to Peace Point winter snow road is not in contradiction with Parks Canada plans and policy, (or other federal laws and regulations). It is determined that, taking into account the implementation of the Thebacha Road Society's mitigation measures, the project (construction, maintenance and operation of a winter snow road) is not likely to cause significant adverse environmental effects.

Subject to the implementation of the mitigating measures, including adaptive management and environmental management strategies, the winter snow road project is approved and can proceed.

[63] The Crown has entered into an agreement with the Thebacha Road Society providing for the construction and operation of the winter road. At the time of the hearing of this matter in the Federal Court, it was anticipated that permits would be issued to give effect to the agreement and provide mechanisms for the implementation of mitigation measures.

[64] On June 18, 2001, Canadian Parks and Wilderness Society filed an application for judicial review to challenge the Minister's decision to approve the construction of the winter road. The application was based on administrative law grounds relating to the applicable framework of federal environmental legislation and regulations. The application was dismissed on October 16, 2001: *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (F.C.T.D.); affirmed [2003] 4 F.C. 672 (C.A.).

[65] On June 25, 2001, Mikisew Cree First Nation filed the application for judicial review that resulted in the decision now under appeal. That application raised the same issues as the previous application of *Canadian Parks and Wilderness Society*, which have now been decided in favour of the Minister. It also relied on additional grounds specific to Mikisew Cree First Nation. Those are the issues that were determined by the Judge in favour of Mikisew Cree First Nation, giving rise to this appeal by the Minister.

Parcs Canada et l'autre autorité responsable, DRHC, concluent que le projet de réouverture de la route d'hiver reliant Garden River à Peace Point n'enfreint pas les plans et les politiques de Parcs Canada (ou d'autres lois et règlements fédéraux). Il est donc établi que, compte tenu des mesures d'atténuation prévues par la Thebacha Road Society, le projet (la construction, l'entretien et l'exploitation d'une route de neige) n'est pas susceptible d'avoir d'effets négatifs importants sur l'environnement.

Sous réserve de la mise en œuvre des mesures d'atténuation, ainsi que des stratégies de gestion adaptative et de gestion de l'environnement énoncées plus haut, Parcs Canada approuve le projet de route d'hiver et autorise le promoteur à entamer ses travaux.

[63] La Couronne a conclu une entente relative à la construction et à l'exploitation de la route d'hiver avec la Thebacha Road Society. Au moment où l'affaire a été entendue devant la Cour fédérale, on prévoyait que des permis seraient délivrés pour donner effet à l'entente et prévoir les modalités de mise en œuvre des mesures d'atténuation.

[64] Le 18 juin 2001, la Société de la protection des parcs et des sites naturels du Canada a contesté l'approbation ministérielle de la route d'hiver en déposant une demande de contrôle judiciaire. La demande était fondée sur des moyens de droit administratif faisant intervenir la législation et la réglementation fédérales applicables en matière environnementale. La demande a été rejetée le 16 octobre 2001: *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (C.F. 1^{re} inst.); confirmé par [2003] 4 C.F. 672 (C.A.).

[65] Le 25 juin 2001, la Première nation crie Mikisew a déposé la demande de contrôle judiciaire qui a abouti au prononcé de la décision visée par le présent appel. Cette demande soulevait les mêmes questions que la demande antérieure de Parcs Canada et de la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada, à l'égard de laquelle une décision a maintenant été rendue en faveur de la ministre. La demande était également fondée sur des motifs additionnels intéressant plus particulièrement la Première nation crie Mikisew. Il s'agit des questions que la juge a tranchées en faveur de la Première nation crie Mikisew, d'où le présent appel interjeté par la ministre.

[66] The basis of the judgment is that the rights of the people of Mikisew Cree First Nation under Treaty 8 were infringed because the Minister's decision was not preceded by adequate consultation. The Minister appeals that judgment, and seeks restoration of the Minister's decision.

B. Standard of review

[67] The Judge did not specifically address the question of standard of review. However, it is clear that with respect to the issues raised before her, the Judge applied a standard of correctness. In my view, she was correct to do so.

[68] The Minister's decision was challenged on the basis that it was made without recognizing or taking into account certain Aboriginal rights, and resulted in an unjustified breach of those rights. That was a challenge based on one or more errors of law. As the Minister has no special expertise on such questions, and there is no preclusive clause in the legislation pursuant to which her decision was made, there was no basis upon which the Judge could or should have applied any standard of review except correctness.

[69] This Court must apply the correctness standard to the decision of the Judge, to the extent it consists of questions of law. Her findings of fact must be reviewed on the standard of palpable and overriding error. Any findings of mixed fact and law must be reviewed on the standard of palpable and overriding error, except to the extent they are based on an error of law.

C. Was notice required under section 57 of the *Federal Court Act*?

[70] I will deal first with a procedural point. The Attorney General of Alberta was not given notice of the proceedings in the Federal Court and was not a party to those proceedings, but has been permitted to intervene in the appeal on the basis of rule 110 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106: see *Canada (Minister of Canadian Heritage) v. Mikisew Cree First Nation* (2002), 293 N.R. 182 (F.C.A.). Rule 110 provides,

[66] Le jugement est fondé sur le fait qu'il a été porté atteinte aux droits reconnus au peuple de la Première nation crie Mikisew par le Traité n° 8 parce qu'aucune consultation adéquate n'a précédé la décision de la ministre. La ministre interjette appel contre ce jugement et demande que sa décision soit rétablie.

B. Norme de contrôle

[67] La juge n'a pas expressément abordé la question de la norme de contrôle. Toutefois, il est clair qu'en ce qui concerne les questions qui ont été soulevées devant elle, la juge a appliqué la norme de la décision correcte. À mon avis, elle a eu raison de le faire.

[68] La décision a été contestée pour le motif que la ministre l'avait prise sans reconnaître certains droits ancestraux ou sans tenir compte de ces droits et qu'elle avait entraîné une violation injustifiée de ces droits. La contestation était fondée sur au moins une erreur de droit. Étant donné que la ministre n'avait pas d'expertise spéciale sur pareilles questions et que la loi en vertu de laquelle la décision était prise ne renfermait aucune clause limitative, rien ne permettait à la juge d'appliquer une norme de contrôle autre que celle de la décision correcte ou n'obligeait la juge à le faire.

[69] La Cour doit appliquer la norme de la décision correcte dans la mesure où la décision de la juge porte sur des questions de droit. Les conclusions de fait tirées par la juge doivent être examinées selon la norme de l'erreur manifeste dominante. Les conclusions mixtes de fait et de droit doivent être examinées selon la norme de l'erreur manifeste dominante, sauf dans la mesure où elles sont fondées sur une erreur de droit.

C. Un avis devait-il être signifié en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

[70] J'examinerai d'abord un point de procédure. Le procureur général de l'Alberta n'a pas reçu d'avis de l'instance engagée devant la Cour fédérale et il n'était pas partie à cette instance, mais il a été autorisé à intervenir dans l'appel compte tenu de la règle 110 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106: voir *Canada (Ministre du Patrimoine canadien) c. Première nation Crie Mikisew* (2002), 293 N.R. 182 (C.A.F.). La règle

among other things, that the Attorney General of a province may apply for leave to intervene in any proceeding in this Court if a “question of general importance” is raised.

[71] Alberta argues that notice of a constitutional question should have been given in the Federal Court pursuant to section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, and that the matter should be returned to the Federal Court for a trial of the constitutional issues. Alberta has also submitted, in the alternative, a number of arguments in support of the position of the Minister that the appeal should be allowed.

[72] After oral submissions on this point by counsel for Alberta, and without calling upon counsel for Mikisew Cree First Nation to respond, the panel indicated that it was not persuaded that a section 57 notice was required. The reasons for that decision are stated below.

[73] Section 57 of the *Federal Court Act* reads as follows:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

(3) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to notice of any appeal or application for judicial review made in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(4) The Attorney General of Canada and the attorney general of each province are entitled to adduce evidence and

110 prévoit, entre autres choses, que le procureur général d’une province peut demander l’autorisation d’intervenir dans une instance engagée devant la Cour si une «question d’importance générale» est soulevée.

[71] L’Alberta affirme qu’un avis de question constitutionnelle aurait dû être signifié devant la Cour fédérale conformément à l’article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, et que l’affaire devrait être renvoyée à la Cour fédérale pour qu’une instruction soit tenue au sujet des questions constitutionnelles. L’Alberta a également invoqué, à titre subsidiaire, un certain nombre d’arguments à l’appui de la position de la ministre selon laquelle l’appel devrait être accueilli.

[72] Après que l’avocat de l’Alberta eut présenté des arguments oraux sur ce point, et sans que l’on ait demandé à l’avocat de la Première nation crie Mikisew de répondre, la formation a fait savoir qu’elle n’était pas convaincue qu’il soit nécessaire de signifier l’avis prévu à l’article 57. Les motifs de cette décision sont ci-dessous énoncés.

[73] L’article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellé:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d’application, dont la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s’il s’agit d’un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n’aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L’avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l’office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l’objet doit être débattue.

(3) Les avis d’appel et de demande de contrôle judiciaire portant sur une question constitutionnelle sont à signifier au procureur général du Canada et à ceux des provinces.

(4) Le procureur général à qui un avis visé aux paragraphes (1) ou (3) est signifié peut présenter une preuve et des

make submissions to the Court or federal board, commission or other tribunal in respect of the constitutional question described in subsection (1).

(5) Where the Attorney General of Canada or the attorney general of a province makes submissions under subsection (4), that attorney general shall be deemed to be a party to the proceedings for the purposes of any appeal in respect of the constitutional question described in subsection (1).

[74] The issue raised by Mikisew Cree First Nation in its application for judicial review required the Federal Court to determine whether certain treaty rights were infringed when the Minister decided to permit the construction of the winter road through Wood Buffalo National Park. This was a constitutional question because of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which reads as follows:

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

[75] Notice of a constitutional question under section 57 of the *Federal Court Act* is not required in every case where a constitutional issue is raised, or in every case where a party asserts a constitutional right. It is the nature of the remedy sought in a particular case that will determine whether a section 57 notice is required.

[76] The objective of section 57 is to preclude a court from making a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds, unless the constitutional question underlying the judgment is the subject of prior notice to Canada and the provinces. A notice of constitutional question under section 57 is simply a means of ensuring that appropriate notice is given. It is axiomatic that there is no need for a section 57 notice in a case where the judicial remedy is something other than a judgment that a statute or regulation is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds. Of course, other remedies are possible. This is explained in the judgment of Justice Lamer, as he then was, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although he was in dissent, all of the judges agreed with his analysis on this point.

observations à la Cour, et à l'office fédéral en cause, à l'égard de la question constitutionnelle en litige.

(5) Le procureur général qui présente des observations est réputé partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle.

[74] La question soulevée par la Première nation crie Mikisew dans sa demande de contrôle judiciaire exigeait que la Cour fédérale décide si certains droits issus de traités avaient été violés lorsque la ministre avait décidé de permettre la construction de la route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo. Il s'agissait d'une question constitutionnelle en raison du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est ainsi libellé:

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

[75] Il n'est pas nécessaire de signifier l'avis de question constitutionnelle prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* chaque fois qu'une question constitutionnelle est soulevée, ou chaque fois qu'une partie invoque un droit constitutionnel. C'est la nature de la réparation demandée dans un cas particulier qui permettra de décider s'il faut donner un avis en vertu de l'article 57.

[76] L'article 57 vise à empêcher un tribunal judiciaire de statuer qu'une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel à moins que la question constitutionnelle sous-tendant le jugement n'ait fait l'objet d'un préavis au Canada et aux provinces. L'avis de question constitutionnelle prévu à l'article 57 permet simplement de s'assurer que l'avis approprié est donné. Il va sans dire qu'il n'est pas nécessaire de signifier l'avis prévu à l'article 57 dans un cas où la réparation judiciaire est autre chose qu'un jugement portant qu'une loi ou un règlement est invalide, inapplicable ou sans effet sur le plan constitutionnel. Bien sûr, d'autres réparations sont possibles. C'est ce qu'explique le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Le juge Lamer était dissident, mais tous les autres juges souscrivaient à son analyse sur ce point.

[77] *Slaight Communications* establishes that, generally speaking, a discretionary decision may be subject to two forms of constitutional challenge. One is a challenge to the legislation itself. Such a challenge is based on the premise that the legislation, properly interpreted, expressly or by necessary implication confers on the decision-maker the authority to make a decision that infringes a constitutional right. In a challenge of that kind, the argument must be that the legislation is unconstitutional, and the remedy will be aimed at the legislation.

[78] The other form of constitutional challenge to a discretionary decision is based on an argument that the legislation does not authorize the decision-maker to make a decision that infringes a constitutional right. In a challenge of that kind, the remedy is not aimed at the legislation at all, but only at the decision.

[79] In my view, the constitutional challenge in this case is limited to the decision. It is common ground that the Minister has the discretionary authority to decide whether to approve the construction of the winter road through Wood Buffalo National Park, and that her decision is subject to challenge on constitutional grounds. However, Mikisew Cree First Nation does not argue that the governing legislation expressly or by necessary implication authorizes the Minister to make a decision that infringes a constitutional right. Nor does Mikisew Cree First Nation argue that the legislation must be read down to conform to a constitutional principle, or to avoid the inevitable infringement of a constitutional right. The argument is that the manner in which the Minister exercised her discretion infringed the treaty rights of Mikisew Cree First Nation. That argument does not call for a decision as to the constitutional validity, applicability or operability of legislation. It follows that no notice of constitutional question was required under section 57 of the *Federal Court Act*.

[80] Alberta refers to a number of cases in which notice under section 57 of the *Federal Court Act*, or the equivalent notice required by another statute, was given. Those cases are not helpful because they disclose no debate on the scope of section 57. No doubt there are

[77] L'arrêt *Slaight Communications* établit qu'en général, une décision discrétionnaire peut faire l'objet de deux formes de contestations d'ordre constitutionnel. En premier lieu, on peut contester la loi elle-même. Une telle contestation est fondée sur la prémisse selon laquelle la loi, si elle est interprétée comme il convient de le faire, confère au décideur, expressément ou d'une façon nécessairement implicite, le pouvoir de rendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. En pareil cas, il faut soutenir que la loi est inconstitutionnelle, et la réparation visera cette loi.

[78] En second lieu, une décision discrétionnaire peut faire l'objet d'une contestation d'ordre constitutionnel pour le motif que la loi n'autorise pas le décideur à rendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. Dans une contestation de ce genre, la réparation ne vise pas du tout la loi, mais uniquement la décision.

[79] À mon avis, la contestation d'ordre constitutionnel en l'espèce est limitée à la décision. Il est reconnu que la ministre a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut approuver la construction de la route d'hiver à travers le parc national Wood Buffalo et que sa décision peut être contestée sur le plan constitutionnel. Toutefois, la Première nation crie Mikisew ne soutient pas que la législation habilitante autorise la ministre, expressément ou d'une façon nécessairement implicite, à prendre une décision qui porte atteinte à un droit constitutionnel. La Première nation crie Mikisew ne soutient pas non plus que la loi doit être interprétée de façon à être conforme à un principe constitutionnel ou à éviter la violation inévitable d'un droit constitutionnel. Selon l'argument invoqué, la façon dont la ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire portait atteinte aux droits issus d'un traité de la Première nation crie Mikisew. Cet argument n'exige pas qu'une décision soit rendue au sujet de la validité, de l'applicabilité ou de l'effet de la législation sur le plan constitutionnel. Par conséquent, aucun avis de question constitutionnelle n'était nécessaire en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[80] L'Alberta cite un certain nombre de jugements dans lesquels l'avis prévu à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou l'avis équivalent exigé par une autre loi a été donné. Ces jugements ne sont pas utiles parce qu'ils ne révèlent aucun débat portant sur le champ

many cases where a party gives notice of a constitutional question out of an abundance of caution, or perhaps even as the result of a mistaken view of the legislation requiring the notice.

[81] Alberta also cites a number of cases in which an issue arose because no notice was given under section 57 or its equivalent: *McIntosh v. Canada (Secretary of State)* (1994), 168 N.R. 75 (F.C.A.); *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.); *Gitsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 (C.A.). I do not propose to deal with these cases in detail. It is enough to say that they all involve challenges to legislation on constitutional grounds. None of them supports the conclusion that notice is required under section 57 of the *Federal Court Act* in this case.

D. Do Treaty 8 hunting rights subsist in Wood Buffalo National Park?

[82] The Minister argues that the land now comprising the Wood Buffalo National Park was “taken up” by the Crown when the Park was established, thus placing it outside the geographical limitations of Treaty 8. In the alternative, the Minister argues that the land is “occupied Crown land” to which there is no general right of access to hunt and trap. As a second alternative, the Minister argues that any treaty right to hunt and trap in the area of the Park has been extinguished by the statute and regulations governing the Park.

(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been “taken up” by the Crown?

[83] The Judge rejected the argument that the area of Wood Buffalo National Park was “taken up” when the Park was established, because the use of the land as a Park is not a use that is visible and incompatible with continued existence of the hunting rights guaranteed by Treaty 8. I agree with her conclusion, for the reasons she gave.

d'application de l'article 57. Il arrive sans doute souvent qu'une partie donne un avis de question constitutionnelle par excès de prudence ou peut-être même par suite d'une interprétation erronée de la loi exigeant l'avis.

[81] L'Alberta cite également un certain nombre d'affaires dans lesquelles une question se posait parce qu'aucun avis n'avait été signifié en vertu de l'article 57 ou d'une autre disposition équivalente: *McIntosh c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 168 N.R. 75 (C.A.F.); *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 41 A.R. 255 (C.A.); *Morine v. L & J Parker Equipment Inc.* (2001), 193 N.S.R. (2d) 51 (C.A.); *Gitsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 (C.A.). Je ne me propose pas d'examiner ces arrêts en détail. Il suffit de dire qu'ils se rapportent tous à des contestations de la loi sur le plan constitutionnel. Aucun de ces arrêts n'étaye la conclusion selon laquelle, dans ce cas-ci, un avis doit être signifié en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

D. Les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 subsistent-ils dans le parc national Wood Buffalo?

[82] La ministre affirme que les terres dont est maintenant composé le parc national Wood Buffalo ont été «prises» par la Couronne lorsque le parc a été établi, de sorte qu'elles ne sont plus situées dans les limites territoriales du Traité n° 8. Subsidièrement, la ministre affirme que les terres sont «des terres occupées de la Couronne» sur lesquelles il n'existe aucun droit général d'accès pour la chasse et le piégeage. En tant que deuxième point subsidiaire, la ministre affirme que tout droit issu d'un traité de pratiquer la chasse et le piégeage dans la zone du parc a été éteint par la loi et par les règlements régissant le parc.

1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elle été «prises» par la Couronne?

[83] La juge a rejeté l'argument selon lequel la zone du parc national Wood Buffalo a été «prise» lorsque le parc a été établi, parce que l'utilisation des terres comme parc ne constitue pas une utilisation visible et incompatible avec le maintien des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Je souscris à cette conclusion, et ce, pour les motifs que la juge a exprimés.

[84] The leading authority on the question of “taking up” is the judgment of Justice Cory in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. In that case, three Cree Indians who were entitled to the benefits of Treaty 8 shot moose for food on private land in Alberta. They were appealing their conviction of offences under the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1. In one case, the charge was shooting a moose out of season. In the other two cases, the charge was shooting a moose without a hunting licence.

[85] It is important to note that *Badger* involved facts that are not present in this case. The individuals in *Badger* were asserting a treaty right to hunt on private land, not in Wood Buffalo National Park or other federal Crown land. Hunting on private land in Alberta was regulated by provincial law, which brought into play paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement (Alberta) (confirmed by the *Constitution Act, 1930*), which reads as follows:

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

[86] The Natural Resources Transfer Agreement is part of the Constitution of Canada by virtue of section 1 of the *Constitution Act, 1930* [20 & 21 Geo.V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]]. However, it plays no part in this case because Alberta laws regarding the hunting of game do not apply in Wood Buffalo National Park.

[87] Justice Cory’s statement of the issues in *Badger*, *supra*, is critical to an understanding of his conclusions.

[84] Le jugement qui fait autorité en ce qui concerne la question de la «prise» a été rendu par le juge Cory dans l’affaire *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Dans cette affaire, trois Indiens cris qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8 avaient abattu un orignal pour se nourrir sur des terres privées en Alberta. Ils interjetaient appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par suite de la perpétration d’infractions à la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1. L’un des Indiens avait été accusé d’avoir abattu un orignal en dehors de la saison de chasse. Les deux autres Indiens avaient été accusés d’avoir abattu un orignal sans permis.

[85] Il importe de noter que l’affaire *Badger* se rapportait à des faits qui ne sont pas ici présents. Dans l’affaire *Badger*, les Indiens en cause invoquaient un droit issu d’un traité les autorisant à chasser sur des terres privées plutôt que dans le parc national Wood Buffalo ou sur d’autres terres de la Couronne fédérale. La chasse sur les terres privées situées en Alberta était régie par la législation provinciale, qui faisait entrer en ligne de compte le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta) (confirmé par la *Loi constitutionnelle de 1930*), lequel est ainsi libellé:

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

[86] La Convention sur le transfert des ressources naturelles fait partie de la Constitution du Canada en vertu de l’article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930* [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26]]. Toutefois, elle n’entre pas en ligne de compte en l’espèce parce que les lois de l’Alberta relatives à la chasse du gibier ne s’appliquent pas dans le parc national Wood Buffalo.

[87] Les remarques ci-après reproduites que le juge Cory a faites au sujet des questions qui se posaient dans

It reads as follows (paragraph 37):

On this appeal, the extent of the existing right to hunt for food possessed by Indians who are members of bands which were parties to Treaty No. 8 must be determined. The analysis should proceed through three stages. First, it is necessary to decide what effect para. 12 of the [Natural Resources Transfer Agreement] had upon the rights enunciated in Treaty No. 8. After resolving which instrument sets out the right to hunt for food, it is necessary to examine the limitations which are inherent in that right. It must be remembered that, even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation. Second, consideration must then be given to the question of whether the existing right to hunt for food can be exercised on privately owned land. Third, it is necessary to determine whether the impugned sections of the provincial *Wildlife Act* come within the specific types of regulation which have, since 1899, limited and defined the scope of the right to hunt for food. If they do, those sections do not infringe upon an existing treaty right and will be constitutional. If not, the sections may constitute an infringement of the Treaty rights guaranteed by Treaty No. 8, as modified by the [Natural Resources Transfer Agreement]. In this case the impugned provisions should be considered in accordance with the principles set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to determine whether they constitute a *prima facie* infringement of the Treaty rights as modified, and if so, whether the infringement can be justified.

[88] Justice Cory described the hunting rights guaranteed by Treaty 8 as follows (at paragraphs 39-40):

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

l'affaire *Badger*, précitée, sont cruciales pour bien comprendre les conclusions qu'il a tirées (paragraphe 37):

Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer l'étendue du droit existant de chasser pour se nourrir des Indiens membres des bandes qui étaient parties au Traité n° 8. L'analyse se fera en trois étapes. Premièrement, il est nécessaire de déterminer les effets du par. 12 de la [Convention sur le transfert des ressources naturelles] sur les droits énoncés au Traité n° 8. Après avoir établi quel texte énonce le droit de chasser pour se nourrir, il est nécessaire d'examiner les restrictions inhérentes à ce droit. Il faut se rappeler que, même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale. Deuxièmement, il faut se demander si le droit existant de chasser pour se nourrir peut être exercé sur des terres privées. Troisièmement, il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* provinciale participent des mesures spécifiques de réglementation qui, depuis 1899, définissent et limitent l'étendue du droit en question. Dans l'affirmative, ces dispositions ne portent pas atteinte à un droit existant issu de traité et elles seront jugées constitutionnelles. Dans le cas contraire, toutefois, ces dispositions peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par le Traité n° 8, qui ont été modifiés par la *Convention*. En l'espèce, il y a lieu d'examiner les dispositions contestées à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, en vue de déterminer si elles constituent une atteinte *prima facie* aux droits modifiés issus du Traité et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée.

[88] Le juge Cory a décrit comme suit les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 (paragraphe 39 et 40):

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

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

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

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

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

(It is noted that the record in this case includes a copy of the Commissioners’ Report quoted by Justice Cory in *Badger*.)

[89] Justice Cory concluded that the Natural Resources Transfer Agreement did not extinguish the right in Treaty 8 to hunt for food. Thus, for Aboriginal people entitled to the benefit of Treaty 8, the only geographic limitation on the right to hunt for food within

les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pour le compte du gouvernement ont souligné l’importance qu’avait pour les Indiens le droit de chasser, de piéger et de pêcher. Les commissaires ont écrit ceci:

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

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

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

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

(Il importe de noter que le dossier, en l’espèce, renferme un exemplaire du rapport des commissaires cité par le juge Cory dans l’arrêt *Badger*.)

[89] Le juge Cory a conclu que la Convention sur le transfert des ressources naturelles n’éteignait pas le droit de chasser pour se nourrir prévu par le Traité n° 8. Par conséquent, pour que les peuples autochtones aient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8, la seule

the area of Treaty 8 is land “taken up” within the meaning of those words in Treaty 8, even if the land is privately owned. Justice Cory did not consider whether, after the enactment of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the “taking up” land for farms could be a *prima facie* infringement of Treaty 8. That issue did not arise in *Badger*. It does arise in this case, however, and is discussed later in these reasons.

[90] The test to be applied in determining whether land is “taken up” is explained in paragraph 54 of Justice Cory’s reasons:

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

[91] Justice Cory expanded on this at paragraphs 58-59:

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

Most of the cases which have considered the geographical limitations on the right to hunt have been concerned with situations where the hunting took place on Crown land. In those cases, it was held that Crown lands were only “occupied” or “taken up” when they were actually put to an active use which was incompatible with hunting. For example, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.), considered whether Indians had a right to hunt for food on a game preserve located on Crown land. There, in my view, it was correctly observed at p. 436 that “it is proper to consult th(e) treaty in order to glean from it whatever may throw some light on the meaning

limitation territoriale du droit de chasser pour se nourrir dans la zone visée par le Traité n° 8 se rapporte aux terres qui sont «prises» au sens du Traité n° 8, même si l’il s’agit de terres privées. Le juge Cory ne s’est pas demandé si, après l’adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la «prise» de terres à des fins agricoles pouvait constituer une atteinte *prima facie* aux droits garantis par le Traité n° 8. Cette question ne se posait pas dans l’arrêt *Badger*. Toutefois, elle se pose en l’espèce et nous y reviendrons plus loin dans ces motifs.

[90] Le critère à appliquer lorsqu’il s’agit de décider si les terres sont «prises» est expliqué au paragraphe 54 des motifs du juge Cory:

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

[91] Le juge Cory a donné des précisions sur ce point aux paragraphes 58 et 59:

Par conséquent, il ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l’histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d’une manière qui les empêcherait d’y chasser lorsqu’elles feraient l’objet d’une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas.

Dans la plupart des affaires où la question de la limitation territoriale du droit de chasser s’est posée, les activités de chasse en cause avaient eu lieu sur des terres de la Couronne. Il a été jugé, dans ces décisions, que des terres de la Couronne n’étaient «occupées» ou «prises» que lorsqu’on y faisait concrètement une utilisation active et incompatible avec la chasse. Par exemple, dans *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), on s’est demandé si les Indiens avaient le droit de chasser pour se nourrir dans une réserve faunique située sur des terres de la Couronne. Dans cette décision, la cour a, selon moi, signalé à juste titre qu’[TRADUCTION] «il convient de consulter

to be given to the words” in the [Natural Resources Transfer Agreement]. It was sensibly held at p. 437 that the Indians did not have a right of access to hunt on the game preserve because to do so would be incompatible with the fundamental purpose of establishing a preserve: “a game preserve would be one in name only if the Indians, or any other class of people, were entitled to shoot in it”. See also *R. v. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), in which Crown land was taken up for a forest and game preserve; and [*R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89], in which Crown land was taken up for a public road. However, the courts have recognized an existing treaty right to hunt on Crown land taken up as a forest because hunting for food is not incompatible with that particular land use: *R. v. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (Sask. C.A.). Finally, where limited hunting by non-Indians is permitted on Crown land taken up as a wildlife management area or a fur conservation area, the courts have held that Indians continue to have an unlimited right of access for the purposes of hunting for food: *Strongquill*, *supra*, at pp. 267 and 271; [*R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451], at pp. 460 and 464-65; and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 292. [My emphasis.]

[92] Two of the three convictions were upheld on the basis that the land where they were hunting was being visibly used for a purpose that was incompatible with hunting. In one case, the hunting occurred on the land covered with second growth willow and scrub, only one quarter of a mile from a farm house. In the other case, the hunting occurred on what was clearly a farmer’s field.

[93] The third person was hunting in an area of uncleared muskeg, with no fences, signs or buildings anywhere near the site of the kill. The land where he was hunting did not meet the “visible, incompatible use test”. In his case, it was necessary to go further and consider the constitutional validity of the provisions of the *Alberta Wildlife Act* under which he had been charged. For that purpose, Justice Cory applied the analysis in *Sparrow*, *supra*. Although *Sparrow* dealt with the infringement of non-treaty Aboriginal rights, Justice Cory found it to be

le traité concerné pour voir s’il est possible d’en tirer des éléments susceptibles de jeter quelque lumière sur le sens à donner au texte» de la [Convention sur le transfert des ressources naturelles]. On a raisonnablement conclu à la p. 437 que les Indiens ne disposaient pas d’un droit d’accès à la réserve faunique pour y chasser, car cela serait incompatible avec l’objet fondamental de l’établissement d’une telle réserve: [TRADUCTION] «une telle réserve n’aurait de faunique que le nom si les Indiens ou tout autre groupe de personnes étaient autorisés à y chasser». Voir également l’affaire *R. c. Mirasty*, [1942] 1 W.W.R. 343 (Police Ct.), où des terres de la Couronne ont été prises pour l’établissement d’une réserve forestière et faunique; et l’arrêt [*R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89], où des terres de la Couronne ont été prises pour la construction d’une voie publique. Les tribunaux ont cependant reconnu un droit existant—issu de traité—de chasser sur des terres de la Couronne prises pour l’établissement d’une réserve forestière, puisque la pratique de la chasse pour se nourrir n’est pas incompatible avec l’utilisation particulière qui était faite des terres en cause: *R. c. Strongquill*, [1953] 8 W.W.R. (N.S.) 247 (C.A. Sask.). Enfin, lorsque les non-Indiens disposent d’un droit limité de chasser sur des terres de la Couronne prises en tant que zone de gestion de la faune ou zone de conservation des animaux à fourrure, les tribunaux ont conclu que les Indiens continuent d’avoir un droit d’accès illimité à ces terres afin d’y chasser pour se nourrir: *Strongquill*, précité, aux pp. 267 et 271; [*R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451], aux pp. 460 et 464 et 465; et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, à la p. 292. [Non souligné dans l’original.]

[92] Deux des trois déclarations de culpabilité ont été confirmées pour le motif que les terres sur lesquelles les Indiens avaient chassé étaient visiblement utilisées à des fins qui étaient incompatibles avec la chasse. Dans un cas, la chasse avait eu lieu sur des terres couvertes de jeunes saules et de broussailles, à un quart de mille seulement d’une maison de ferme. Dans l’autre cas, la chasse avait eu lieu dans ce qui était clairement un champ appartenant à un agriculteur.

[93] Le troisième Indien chassait dans une savane non déboisée, où il n’y avait pas de clôtures, d’écriteaux ou d’édifices aux alentours. La terre où l’Indien chassait ne satisfaisait pas au «critère d’utilisation visible et incompatible». Dans son cas, il fallait aller plus loin et examiner la validité, sur le plan constitutionnel, des dispositions de la *Wildlife Act* de l’Alberta en vertu desquelles il avait été accusé. À cette fin, le juge Cory a appliqué l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité. L’arrêt *Sparrow* traitait de la violation de droits

equally applicable to the infringement of Aboriginal treaty rights. He held that the impugned provision of the *Wildlife Act* conflicted with the hunting rights in Treaty 8, as modified by the Natural Resources Transfer Agreement, so that there was a *prima facie* infringement. It was thus necessary to consider whether the infringement was justified. The matter was returned for retrial on that question.

[94] Returning to the present case, the question is this: Do the laws governing Wood Buffalo National Park result in a use of the land that is visibly incompatible with the exercise of the hunting rights guaranteed by Treaty 8? The Judge said no, and I agree.

[95] The Minister argues against that conclusion on the basis of the combined operation of sections 2 and 18 [as am. by S.C. 1913, c. 18, s. 5] of *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*, S.C. 1911, c. 10; section 2 of the *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks* (P.C. 1919-2415), Order in Council (P.C. 1922-2498), which created Wood Buffalo National Park, and Order in Council (April 30, 1926), which expanded its boundaries.

[96] The relevant parts of sections 2 and 18 of *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*, which came into force in 1911, read as follows:

2. All Dominion lands within the respective boundaries of the reserves mentioned in the schedule to this Act are hereby withdrawn from sale, settlement and occupancy under *The Dominion Lands Act* or any other Act, or any regulations made under any Act with respect to mines or mining or timber or timber licenses or leases or any other matter whatsoever; and after the passing of this Act no Dominion lands within the boundaries of the said reserves shall be sold, leased or otherwise disposed or, or be located or settled upon, and no person shall use or occupy any part of such lands, except under the authority of this Act or of regulations made thereunder.

...

18. The Governor in Council may, by proclamation, designate such reserves or areas within forest reserves or such other areas

ancestraux non issus de traités, mais le juge Cory a conclu que cet arrêt s'appliquait également à la violation des droits issus de traités des Autochtones. Le juge a statué que la disposition contestée de la *Wildlife Act* allait à l'encontre des droits de chasse prévus dans le Traité n° 8, tel qu'il avait été modifié par la Convention sur le transfert des ressources naturelles, de sorte qu'il y avait atteinte *prima facie*. Il fallait donc déterminer si l'atteinte était justifiée. L'affaire a été renvoyée pour que cette question soit instruite à nouveau.

[94] En ce qui concerne la présente affaire, il s'agit de savoir si les lois régissant le parc national Wood Buffalo entraînent une utilisation des terres qui est visiblement incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. La juge a conclu par la négative, et je suis d'accord avec elle.

[95] La ministre conteste cette conclusion en se fondant sur l'application combinée des articles 2 et 18 [mod. par S.C. 1913, ch. 18, art. 5] de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux*, S.C. 1911, ch. 10; de l'article 2 des *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks* (C.P. 1919-2415), d'un Décret (C.P. 1922-2498) créant le parc national Wood Buffalo et d'un décret (30 avril 1926), par lequel la superficie du parc était augmentée.

[96] Les parties pertinentes des articles 2 et 18 de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs* qui est entrée en vigueur en 1911 sont ainsi libellées:

2. Toutes les terres fédérales comprises dans les limites respectives des réserves mentionnées en l'annexe de la présente loi sont par la présente loi retirées de la vente, de la colonisation et de l'occupation sous le régime des dispositions de la *Loi des terres fédérales* ou de toute autre loi, ou des règlements établis sous le régime de toute loi relative aux mines ou à l'exploitation minière, au bois ou aux licences ou aux permis d'exploitation forestière ou sous tout autre rapport quelconque; et, une fois la présente loi rendue, nulles terres fédérales comprises dans les limites des dites réserves ne doivent être vendues, données à bail ni autrement aliénées ni être choisies pour l'établissement, ni établies, et personne ne doit employer ni occuper quelque partie de ces terres, si ce n'est sous l'empire de la présente loi ou des règlements établis sous son régime.

[...]

18. Le Gouverneur en conseil peut, quand il y a lieu, par proclamation, désigner les réserves ou étendues de réserves

as he sees fit, the title to which is vested in the crown in the right of Canada, to be and to be known as Dominion Parks, and, they shall be maintained and made use of as public parks and pleasure grounds for the benefit, advantage and enjoyment of the people of Canada, and the provision of this Act governing forest reserves, excepting section 4, shall also apply to the Dominion Parks. [My emphasis.]

[97] In 1919, the Governor in Council enacted the *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks*. Regulation 2 reads as follows:

Except as hereinafter provided, no person shall at any time chase, harass or pursue, hunt, shoot at, trap, take, wound, kill, capture or destroy any game within a Dominion Park.

[98] On December 18, 1922, Wood Buffalo National Park was created by Order in Council P.C. 1922- 2498 as a park under *The Dominion Forest Reserves and Parks Act*. The record does not indicate that the area of the Park had first been designated a forest reserve, as the Act appears to contemplate, but I assume nothing turns on that. The Order in Council indicates that the purpose of creating the Park was to safeguard the “Wood-bison, or so-called Wood-buffalo”. It is not disputed that the Park was validly created.

[99] It is the position of the Minister that the general prohibition on hunting, as set out in Regulation 2, applied immediately to Wood Buffalo National Park, and as such a prohibition is necessarily inconsistent with the continued existence of a treaty right to hunt, the treaty right ceased to exist within the Park when it was created.

[100] A somewhat similar proposition was addressed in *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393. The issue in that case was whether Mr. Sundown, an Indian who was subject to Treaty No. 6 [1876], was in breach of a provincial park regulation when he constructed a log cabin within a Saskatchewan provincial park for use as shelter when he was hunting and fishing within the park. The regulation prohibited the construction or occupation of a temporary or permanent dwelling on park land without permission. Mr. Sundown was acquitted because the construction of the cabin was reasonably incidental

forestières qu’il juge à propos, qui seront et sont connus sous le nom de Parcs fédéraux, et, subordonnément aux dispositions de la présente loi, ils doivent être entretenus et il peut en être fait usage comme parcs publics et lieux d’amusement pour le bénéfice, l’avantage et la jouissance de la population du Canada. [Non souligné dans l’original.]

[97] En 1919, le gouverneur en conseil a adopté les *Regulations Respecting Game in the Dominion Parks*, dont l’article 2 est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Sauf pour ce qui est ci-après prévu, personne ne peut chasser, harceler ou poursuivre, abattre à coups de fusil, piéger, prendre, blesser, tuer, capturer ou détruire du gibier dans un parc.

[98] Le 18 décembre 1922, le parc national Wood Buffalo a été créé par le décret C.P. 1922-2498 en vertu de la *Loi concernant les Réserves forestières et les Parcs fédéraux*. Le dossier n’indique pas que la zone du parc avait d’abord été désignée en tant que réserve forestière, comme la Loi semble le prévoir, mais je suppose que telle n’est pas la question. Le décret indique que la création du parc visait à sauvegarder le [TRADUCTION] «bison des bois». Il n’est pas contesté que le parc a été validement créé.

[99] Selon la position prise par la ministre, l’interdiction générale de chasser, telle qu’elle est énoncée à l’article 2 du Règlement, s’appliquait immédiatement au parc national Wood Buffalo; puisqu’une interdiction est nécessairement incompatible avec le maintien du droit de chasse issu d’un traité, le droit issu du traité a cessé d’exister à l’intérieur du parc lors de la création du parc.

[100] Une proposition quelque peu similaire a été examinée dans l’arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si M. Sundown, un Indien qui était visé par le Traité n° 6 [1876], avait enfreint un règlement provincial sur les parcs en construisant une cabane en rondins dans un parc provincial de la Saskatchewan pour l’utiliser comme abri lorsqu’il chassait et pêchait dans le parc. Le règlement interdisait la construction ou l’occupation d’une habitation temporaire ou permanente, sans permission, sur les terres du parc. M. Sundown avait été acquitté

to his Aboriginal hunting right as it had traditionally been exercised, and was not incompatible with the use of the land as a provincial park. The reasoning of Justice Cory on the question of incompatible use is instructive for this case (paragraph 41):

Thus, if the exercise of the respondent's hunting right were wholly incompatible with the Crown's use of the land, hunting would be disallowed and any rights in the hunting cabin would be extinguished. For example, if the park were turned into a game preserve and all hunting was prohibited, the treaty right to hunt might be entirely incompatible with the Crown's use of the land. See in this respect *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.). This position accords as well with *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, which held that there was no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others.

[101] Despite Regulation 2, there is no evidence that a total prohibition on hunting was ever recognized or enforced in Wood Buffalo National Park against Aboriginal people who were entitled to the benefit of Treaty 8. There is, however, evidence to the contrary. Indeed, the Minister concedes that those with Aboriginal treaty rights who had habitually hunted and trapped in the area of the Park were allowed to continue to do so, subject only to regulation.

[102] This is confirmed by a notice dated August 1, 1923, published over the name "O.S. Finnie, Director" by the government authority then charged with administering Wood Buffalo National Park. The notice reads as follows (Appeal Book, Volume 5, at page 2638):

It is unlawful for any person other than bona fide natives, being Treaty Indians, to hunt or trap wild animals or birds within the boundaries of the Wood Buffalo Park. Any person violating this regulation will be prosecuted.

Treaty Indians must, however, conform to Park regulations with respect to closed seasons.

parce que la construction de la cabane était raisonnablement accessoire à son droit de chasse tel qu'il avait été traditionnellement exercé et qu'elle n'était pas incompatible avec l'utilisation des terres comme parc provincial. Le raisonnement du juge Cory sur la question de l'utilisation incompatible est intéressant en ce qui nous concerne (paragraphe 41):

Par conséquent, si l'exercice du droit de chasse de l'intimé était tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres, la chasse ne serait pas permise et tout droit relatif à la cabane de chasse serait éteint. Par exemple, si le parc était transformé en réserve de gibier et que la chasse y était interdite, le droit de chasse issu de traité pourrait être tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres. Voir, à cet égard, *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.). Cette position concorde également avec l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, dans lequel il a été jugé qu'il n'y avait, en principe, aucune incompatibilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que faisait la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui.

[101] Malgré l'article 2 du Règlement, il n'est pas établi qu'une interdiction totale de chasser ait été reconnue ou appliquée, dans le parc national Wood Buffalo, à l'encontre des peuples autochtones qui avaient droit aux avantages conférés par le Traité n° 8. Toutefois, il existe des éléments de preuve contraires. De fait, la ministre concède que les Autochtones possédant des droits issus de traités qui avaient habituellement pratiqué la chasse et le piégeage dans le secteur du parc étaient autorisés à continuer à le faire, sous réserve uniquement des règlements applicables.

[102] La chose est confirmée par un avis en date du 1^{er} août 1923, publié sous le nom d'«O.S. Finnie, directeur» par l'autorité gouvernementale qui était alors responsable de l'administration du parc national Wood Buffalo. L'avis est ainsi libellé (dossier d'appel, volume 5, à la page 2638):

[TRADUCTION] Il est illégal pour quiconque n'est pas un véritable autochtone, Indien visé par un traité, de chasser ou de trapper du gibier dans les limites du parc national Wood Buffalo. Quiconque contrevient à ce règlement sera poursuivi en justice.

Les Indiens visés par un traité doivent toutefois se conformer aux règlements relatifs aux saisons de chasse.

[103] Mr. Finnie later wrote, in a letter dated December 24, 1925, that he had never conceded that Treaty Indians had the right under Treaty 8 to hunt within Wood Buffalo National Park (Appeal Book, Volume 6, at page 2779). Other notes and correspondence from Mr. Finnie are similar (Appeal Book, Volume 6, at pages 2766-2767). Those writings, taken at face value, may represent Mr. Finnie's interpretation of Treaty 8, but they are not capable of establishing that the legislation and regulations governing Wood Buffalo National Park were incompatible with the continued existence of Aboriginal hunting rights in the Park.

[104] More recent government publications relating to Wood Buffalo National Park confirm that there has been no interruption in Aboriginal hunting in the area of the Park. The 1984 Wood Buffalo National Park Management Plan (Appeal Book, Volume 2, at pages 890-1018) states as follows at page 904:

The original intent had been to have the park free of hunting and trapping. However, this never occurred and natives of treaty status were permitted to continue hunting and trapping, subject to certain closed seasons and regulations. [My emphasis.]

[105] The following statement is taken from the Wood Buffalo National Park website as it appears in the record (Appeal Book, Volume 5, at page 2639):

Archeological evidence shows that Aboriginal people have inhabited the Wood Buffalo region for more than 8000 years, long before fur traders arrived in the early 1700s. The Europeans called the people they met in this region Beaver, Slavey and Chipewyan. The Beaver and Slavey left the area as the fur trade moved west. Today, the communities around the park are mostly made up of Cree, Chipewyan, Metis and non-aboriginal people.

Subsistence hunting, fishing and trapping still occur in Wood Buffalo National Park, as they have for centuries, and commercial trapping continues as a legacy of the fur trade. Traditional use of certain park resources by local Aboriginal groups is an important part of the park's cultural history. [My emphasis.]

[103] M. Finnie a par la suite dit, dans une lettre en date du 24 décembre 1925, qu'il n'avait jamais concédé que les Indiens visés par le traité avaient, en vertu du Traité n° 8, le droit de chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo (dossier d'appel, volume 6, à la page 2779). D'autres notes et lettres de M. Finnie sont similaires (dossier d'appel, volume 6, aux pages 2766 et 2767). Ces documents, s'ils sont considérés tels quels, peuvent représenter l'interprétation donnée par M. Finnie du Traité n° 8, mais ils ne peuvent pas établir que la législation et les règlements régissant le parc national Wood Buffalo étaient incompatibles avec le maintien des droits de chasse des Autochtones dans le parc.

[104] Des publications gouvernementales plus récentes concernant le parc national Wood Buffalo confirment que la chasse autochtone n'a pas été interrompue dans le secteur du parc. Le plan de gestion du parc national Wood Buffalo de 1984 (dossier d'appel, volume 2, aux pages 890 à 1018) dit ce qui suit à la page 904:

[TRADUCTION] L'intention initiale était de ne pas permettre la chasse et le piégeage dans le parc. Toutefois, on n'a jamais donné suite à cette intention et les Autochtones visés par un traité ont été autorisés à continuer à pratiquer la chasse et le piégeage, sauf pendant certaines périodes et sous réserve des règlements. [Non souligné dans l'original.]

[105] La déclaration suivante, telle qu'elle a été versée au dossier, figure sur le site Web du parc national Wood Buffalo (dossier d'appel, volume 5, à la page 2639):

Les preuves archéologiques montrent que les Autochtones habitent la région de Wood Buffalo depuis plus de 8000 ans et y vivaient longtemps avant l'arrivée des négociants en fourrures au début du XVIII^e siècle. Les Européens ont baptisé les habitants de la région de plusieurs noms, les appelant Castors, Esclaves et Chipewyan. Les deux premiers groupes ont quitté la région lorsque le commerce des fourrures s'est déplacé vers l'ouest. Aujourd'hui, les communautés autour du parc sont surtout des Cris, des Chipewyans, des Métis et des Non-Autochtones.

La chasse, la pêche et le piégeage de subsistance sont encore pratiqués dans le parc national Wood Buffalo, comme ils l'ont été pendant des siècles, et le piégeage commercial est un legs du commerce de la fourrure. L'utilisation de certaines ressources du parc à des fins traditionnelles par des groupes autochtones locaux constitue un aspect important de son histoire culturelle. [Non souligné dans l'original.]

[106] The fact is that Aboriginal people and others are permitted to hunt within Wood Buffalo National Park, subject to regulations. It is argued for the Minister that permission for hunting within Wood Buffalo National Park is not explained by the continued existence of hunting rights in Treaty 8, but is merely an instance in which the Crown is exercising its right to regulate activities within the Park. There is some evidence that contradicts this theory. Indeed, a note from Mr. Finnie suggests (but does not prove) a different reason why no steps were taken to prohibit hunting by Treaty Indians within the Park. The note is dated December 21, 1925 and reads in part as follows (Appeal Book, Volume 6, at page 2777):

At present those Treaty Indians who are natives of the Wood Buffalo Park District, or those who formerly hunted or trapped in that area, before it was constituted a park, are permitted to carry on their hunting and trapping operations as formerly. If we had not allowed the Treaty Indians to hunt and trap in the Park there would have developed such opposition to the creation of the Park that we would not have been able to secure it at all. This opposition would have developed from the Indian Department and from Bishop Breynat.

[107] The meaning of this note is unclear. The record contains no material from the "Indian Department" to indicate what position they might have taken with respect to hunting rights within Wood Buffalo National Park. Bishop Breynat was a missionary who worked in northern Canada for many years. There is some evidence that he may have witnessed the signing of Treaty 8 (Appeal Book, Volume 6, at page 2784).

[108] In any event, I am not persuaded that it is necessary to determine what motivated the Crown, in 1922 or in later years, to permit the continuation of hunting within Wood Buffalo National Park. The important question is whether, having done so, the Minister can now contend that the use of the area of Wood Buffalo National Park as a park is visibly incompatible with the continued existence of hunting

[106] En fait, les peuples autochtones et d'autres personnes sont autorisés à chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo, sous réserve des règlements applicables. Il est soutenu au nom de la ministre que la permission de chasser à l'intérieur du parc national Wood Buffalo ne s'explique pas par le maintien des droits de chasse conférés par le Traité n° 8, mais qu'il s'agit simplement d'un cas dans lequel la Couronne exerce son droit de réglementer les activités à l'intérieur du parc. Certains éléments de preuve contredisent cette théorie. De fait, une note de M. Finnie donne à entendre (sans toutefois prouver) qu'il existe une raison différente pour laquelle aucune mesure n'a été prise en vue d'interdire aux Indiens visés par le Traité de chasser à l'intérieur du parc. La note est datée du 21 décembre 1925 et est en partie ainsi libellée (dossier d'appel, volume 6, à la page 2777):

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, les Indiens visés par le traité qui viennent du district du parc Wood Buffalo, ou ceux qui pratiquaient autrefois la chasse ou le piégeage dans ce secteur, avant la création du parc, sont autorisés comme autrefois à exercer leurs activités de chasse et de piégeage. Si nous n'avions pas autorisé les Indiens visés par le traité à pratiquer la chasse et le piégeage dans le parc, la création du parc aurait fait l'objet d'une opposition telle que nous n'aurions pas été en mesure d'arriver à nos fins. Ce sont le ministère des Affaires indiennes et l'évêque Breynat qui se seraient opposés au projet.

[107] Le sens de cette note n'est pas clair. Le dossier ne renferme aucun document provenant du «ministère des Affaires indiennes» indiquant la position qui aurait peut-être été prise au sujet des droits de chasse à l'intérieur du parc national Wood Buffalo. L'évêque Breynat était un missionnaire qui avait travaillé dans le nord du Canada pendant un grand nombre d'années. Selon certains éléments de preuve, il aurait peut-être été témoin de la signature du Traité n° 8 (dossier d'appel, volume 6, à la page 2784).

[108] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue qu'il soit nécessaire de déterminer ce qui a amené la Couronne, en 1922 ou par la suite, à permettre le maintien des droits de chasse à l'intérieur du parc national Wood Buffalo. Ce qui importe, c'est de savoir si, cela étant, la ministre peut maintenant soutenir que l'utilisation du secteur du parc national Wood Buffalo en tant que parc est visiblement incompatible avec le maintien des droits de chasse

rights under Treaty 8. The record establishes no incompatibility at all, visible or otherwise. It follows that the Judge was correct to conclude that the area of Wood Buffalo National Park has not been removed from the area of Treaty 8 by having been “taken up”.

(2) Is the land comprising Wood Buffalo National Park “occupied Crown land”?

[109] The Minister’s second argument is that the area of the Park is occupied Crown land or is land to which the Indians of Treaty 8 do not have a right of access for the purpose of hunting or trapping. This argument is based on paragraph 12 of the Natural Resources Transfer Agreement, reproduced here for ease of reference:

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

[110] This argument was not raised in the Federal Court Trial Division, and as a result there was no evidence led to address the issues raised by this argument and it was not addressed by the Judge. Counsel for Mikisew Cree First Nation argued, and counsel for the Minister conceded in oral argument, that the area of Wood Buffalo National Park is not subject to provincial laws regulating hunting and trapping.

[111] Given the state of the record, I propose to reject this argument without extensive discussion. It is sufficient to say that the Minister has relied on only two cases. One of the cases is *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681 (Sask. C.A.), in which provincial Crown land in northern Saskatchewan that had been leased to the federal government for use as a military weapons range was “occupied Crown land” for the purposes of the

reconnus par le Traité n° 8. Le dossier n’établit aucune incompatibilité, visible ou autre. Par conséquent, la juge a eu raison de conclure que le secteur du parc national Wood Buffalo n’a pas été exclu du secteur visé par le Traité n° 8 du fait que les terres auraient été «prises».

2) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo sont-elles des «terres occupées de la Couronne»?

[109] Selon le deuxième argument invoqué par la ministre, le secteur du parc est constitué de terres occupées de la Couronne ou est composé de terres auxquelles les Indiens visés par le Traité n° 8 n’ont aucun droit d’accès aux fins de la chasse ou du piégeage. Cet argument est fondé sur le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, qui est reproduit pour plus de commodité:

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

[110] Cet argument n’a pas été invoqué devant la Section de première instance de la Cour fédérale; par conséquent, on n’a pas présenté de preuve au sujet des questions soulevées par l’argument et la juge n’a pas examiné l’argument. L’avocat de la Première nation crie Mikisew a soutenu, et l’avocat de la ministre a concédé dans l’argumentation orale, que le secteur du parc national Wood Buffalo n’est pas assujéti aux lois provinciales réglementant la chasse et le piégeage.

[111] Étant donné l’état du dossier, je me propose de rejeter cet argument sans procéder à une analyse approfondie. Il suffit de dire que la ministre s’est uniquement fondée sur deux arrêts, notamment *R. v. Catarat*, [2001] 6 W.W.R. 681 (C.A. Sask.), dans lequel des terres de la Couronne provinciale, dans le nord de la Saskatchewan, qui avaient été louées au gouvernement fédéral pour être utilisées comme champ de tir militaire

Natural Resources Transfer Agreement because it was in active use for a purpose incompatible with hunting. The other case is *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask C.A.), which considered the status of an area designated in a provincial statute as a game preserve in which all hunting was prohibited. The basis of the decision was that laws governing the game preserve were clearly inconsistent with the continuation of Aboriginal hunting rights (see the comments of Justice Cory on this case at paragraph 59 of *Badger*, *supra*). According to the record in this case, the hunting regulations for Wood Buffalo National Park have proved to be compatible with the continuation of Aboriginal hunting rights under Treaty 8 within the Park. On that basis, both *Catarat* and *Smith* are distinguishable on their facts.

(3) Have hunting rights been abolished by statute within Wood Buffalo National Park?

[112] The Crown's other alternative argument is that hunting rights under Treaty 8 were abolished by statute. The Judge rejected that argument, and I agree with her. Before subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, came into force, an Aboriginal right could be extinguished by competent legislation as easily as a common law right. The test for extinguishment was explained as follows in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pages 1098-1099:

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in [*Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.)], at p. 568:

Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

See also *Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* [(1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.)] at pp. 439-40.

étaient «des terres occupées de la Couronne» pour l'application de la Convention sur le transfert des ressources naturelles parce qu'elles étaient activement utilisées à des fins incompatibles avec la chasse. L'autre arrêt, *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), traitait de l'état d'un secteur désigné dans une loi provinciale comme réserve faunique dans laquelle il était interdit de chasser à quelque fin que ce soit. La décision était fondée sur le fait que les lois régissant la réserve faunique étaient clairement incompatibles avec le maintien des droits ancestraux de chasse (voir les remarques que le juge Cory a faites à ce sujet au paragraphe 59 de l'arrêt *Badger*, précité). Selon le dossier qui est ici mis à notre disposition, les règlements sur la chasse qui s'appliquent au parc national Wood Buffalo se sont avérés compatibles avec le maintien des droits de chasse reconnus aux Autochtones par le Traité n° 8 à l'intérieur du parc. Cela étant, il est possible de faire une distinction, sur le plan des faits, d'avec les arrêts *Catarat* et *Smith*.

3) Les droits de chasse ont-ils été abolis par la loi à l'intérieur du parc national Wood Buffalo?

[112] Selon un autre argument subsidiaire de la Couronne, les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 ont été abolis par la loi. La juge a rejeté cet argument; je suis d'accord avec elle. Avant que le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en vigueur, un droit ancestral pouvait être éteint par une loi valide aussi facilement qu'un droit existant en common law. Le critère applicable à l'extinction a été expliqué comme suit dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pages 1098 et 1099:

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt [*Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.)], aux pp. 568 et 569:

Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Voir également l'arrêt [*Attorney-General for Ontario v. Bear Island Foundation* [(1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.)] aux pp.

That in Judson J.'s view was what had occurred in [*Calder v. Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313], where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain'". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

[113] Although *Sparrow* dealt with the extinguishment of Aboriginal rights that are not protected by a treaty, the same principles apply to the pre-1982 extinguishment of Aboriginal treaty rights. This was recognized by Justice Binnie when he said this at paragraphs 47-48 of *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456:

On June 25, 1761, following the signing of the Treaties of 1760-61 by the last group of Mi'kmaq villages, a ceremony was held at the farm of Lieutenant Governor Jonathan Belcher, the first Chief Justice of Nova Scotia, who was acting in the place of Governor Charles Lawrence, who had recently been drowned on his way to Boston. In reference to the treaties, including the trade clause, Lieutenant Governor Belcher proclaimed:

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

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

439 et 440. De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire. [*Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313], où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être "claire et expresse"». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

[113] L'arrêt *Sparrow* portait sur l'extinction de droits ancestraux qui ne sont pas protégés par un traité, mais les mêmes principes s'appliquent à l'extinction, avant l'année 1982, des droits issus de traités reconnus aux Autochtones. C'est ce qu'a reconnu le juge Binnie lorsqu'il a fait les remarques suivantes, aux paragraphes 47 et 48 de l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456:

Le 25 juin 1761, après la signature des traités de 1760 et de 1761 par le dernier groupe de villages mi'kmaq, une cérémonie a eu lieu à la ferme du lieutenant gouverneur Jonathan Belcher, qui fut le premier juge en chef de la Nouvelle-Écosse et qui remplaçait alors à titre intérimaire le gouverneur Charles Lawrence, qui s'était noyé peu de temps auparavant en se rendant à Boston. Relativement aux traités, y compris la clause relative au commerce, le lieutenant gouverneur Belcher a proclamé que:

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

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

protection they presently offer to the Mi'kmaq people.

[114] I have already rejected two of the Minister's arguments on the basis that there is nothing about the establishment of Wood Buffalo National Park that is incompatible with the exercise of the hunting rights guaranteed by Treaty 8. Given that, it is impossible to accept, in the words of Justice Mahoney in *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* [[1980] 1 F.C. 518 (T.D.)], that the "necessary effect" of the legislation creating Wood Buffalo National Park or governing its administration was to extinguish the hunting rights in Treaty 8, or that the legislation was not consistent with the continuation of those rights.

(4) Conclusion

[115] For these reasons, the Judge was correct to conclude that the hunting rights guaranteed in Treaty 8 subsist in the land comprising Wood Buffalo National Park, subject to the applicable regulations.

E. Prima facie infringement

[116] The Judge held that the approval of the winter road constituted a *prima facie* infringement of the hunting rights guaranteed by Treaty 8 which, according to *Sparrow, supra*, cannot be permitted to stand unless justified. Two legal issues have been raised in this context. The first issue, which has been raised only by Alberta, is whether the establishment of the winter road is a "taking up" of land that is contemplated by the terms of Treaty 8. The second issue, which is relevant only if this Court does not find that the establishment of the road is contemplated by the terms of Treaty 8, is whether the Judge was correct to find a *prima facie* infringement.

(1) The establishment of the road as a "taking up"

[117] Alberta argues that, for the purposes of Treaty 8, the establishment of the winter road is a "taking up" by the Crown of the 200-metre-wide corridor within which the road will pass, which automatically excludes that area from the area in which Treaty 8 hunting rights

pas plus large que les droits dont jouissaient les autres habitants n'affecte en rien la protection plus grande qu'ils offrent actuellement aux Mi'kmaq, à moins que ces droits n'aient été éteints avant le 17 avril 1982.

[114] J'ai déjà rejeté deux des arguments de la ministre pour le motif que l'établissement du parc national Wood Buffalo ne comporte rien qui soit incompatible avec l'exercice des droits de chasse garantis par le Traité n° 8. Cela étant, on ne saurait reconnaître que l'«effet nécessaire», pour reprendre les termes employés par le juge Mahoney dans l'arrêt *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien* [[1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.)], de la législation créant le parc national Wood Buffalo ou régissant l'administration du parc était d'éteindre les droits de chasse reconnus par le Traité n° 8, ou que la législation n'était pas compatible avec le maintien de ces droits.

4) Conclusion

[115] Pour ces motifs, la juge a eu raison de conclure que les droits de chasse garantis par le Traité n° 8 subsistent sur les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo, sous réserve des règlements applicables.

E. Atteinte prima facie

[116] La juge a statué que l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits de chasse garantis par le Traité n° 8, laquelle, selon l'arrêt *Sparrow*, précité, ne peut pas être maintenue à moins d'être justifiée. Deux questions juridiques ont été soulevées dans ce contexte. La première, qui a uniquement été invoquée par l'Alberta, est de savoir si l'établissement de la route d'hiver constitue une «prise» de terres envisagée par les dispositions du Traité n° 8. La deuxième, qui est uniquement pertinente si la Cour ne conclut pas que l'établissement de la route est envisagé par les dispositions du Traité n° 8, est de savoir si la juge a eu raison de conclure à une atteinte *prima facie*.

1) L'établissement de la route en tant que «prise»

[117] L'Alberta soutient que, pour l'application du Traité n° 8, l'établissement de la route d'hiver constitue une «prise» par la Couronne du corridor de 200 mètres de large dans lequel la route doit passer, ce qui exclut automatiquement ce secteur du secteur dans lequel les

can be exercised (see the discussion relating to geographical limits of Treaty 8, under the heading “(1) Has the land comprising Wood Buffalo National Park been ‘taken up’ by the Crown?”).

[118] The relevant portion of Treaty 8 is reproduced for ease of reference:

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

[119] Alberta’s argument is that a “taking up” of land is contemplated by Treaty 8 and therefore cannot be held to be even a *prima facie* infringement within the *Sparrow*, *supra*, analysis. If that is the case, no justification is required, and the Minister had no duty to consult with Mikisew Cree First Nation before approving the construction of the winter road. In my view, this argument is not sound, but even if it has merit, it should not determine the outcome of this appeal.

[120] As I understand Alberta’s argument, it is based on the premise that Treaty 8 should be interpreted according to the principles applicable to contracts. One of those principles is that if the terms of a contract give one party a unilateral right to take a certain action, the contract is not breached if that action is taken. The quoted part of Treaty 8, read literally, gives the Crown the unilateral right to remove land permanently from the area within which the Treaty 8 hunting and trapping rights may be exercised in order to use the land for “settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.” Alberta argues, based on that literal approach, that because the right to “take up” land is granted by Treaty 8 itself, it is unfettered by an obligation on the part of the Crown to consult, to negotiate, or even to give advance notice to Mikisew Cree First Nation.

droits de chasse reconnus par le Traité n° 8 peuvent être exercés (voir l’analyse relative aux limites territoriales du Traité n° 8, sous le titre: «(1) Les terres dont est composé le parc national Wood Buffalo ont-elles été “prises” par la Couronne?»).

[118] Le passage pertinent du Traité n° 8 est reproduit ci-dessous pour plus de commodité:

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

[119] Selon l’argument invoqué par l’Alberta, le Traité n° 8 prévoit une «prise» de terres; il ne peut donc pas être statué qu’il s’agit d’une atteinte *prima facie* au sens de l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow*, précité. Si c’est le cas, aucune justification n’est nécessaire, et la ministre n’était pas tenue de consulter la Première nation crie Mikisew avant d’approuver la construction de la route d’hiver. À mon avis, cet argument n’est pas sensé, mais même s’il est fondé, il ne devrait pas être déterminant pour ce qui est du résultat du présent appel.

[120] Si je comprends bien, l’argument de l’Alberta est fondé sur la prémisse selon laquelle le Traité n° 8 doit être interprété selon les principes applicables aux contrats. L’un de ces principes est que, si les dispositions d’un contrat confèrent à une partie un droit unilatéral de prendre une certaine mesure, le contrat n’est pas violé si cette mesure est prise. Le passage précité du Traité n° 8, s’il est interprété à la lettre, confère à la Couronne le droit unilatéral d’exclure d’une façon permanente des terres du secteur dans lequel les droits de chasse et de piégeage reconnus par le Traité n° 8 peuvent être exercés afin d’utiliser les terres «pour des fins d’établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets». En se fondant sur cette approche textuelle, l’Alberta soutient qu’étant donné que le droit à la «prise» de terres est accordé par le Traité n° 8 lui-même, il n’est pas limité par une obligation de la part de la Couronne de consulter la

[121] A similar argument was rejected by Justice Finch in *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (B.C.C.A.). The issue in that case was the constitutional validity of a timber-cutting permit granted by a district manager pursuant to a provincial statute. The Halfway River First Nation challenged the validity of the permit on a number of grounds, one of which was that the area of the permit was an area in which they had hunting rights pursuant to Treaty 8. Their challenge succeeded in the British Columbia Supreme Court. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed, with one judge dissenting. Justice Finch (as he then was) and Justice Huddart agreed that the appeal should be dismissed, but for different reasons. Because they characterize the problem differently, only Justice Finch considered it necessary to deal with the “taking up” argument.

[122] Justice Finch characterized the issue as a problem of the interpretation of Treaty 8. He extracted from *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.); *Badger, supra*; and *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, the principles applicable to the interpretation of Aboriginal treaties. I paraphrase as follows his summary of those principles:

- (1) A treaty should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Aboriginal signatories.
- (2) A treaty must be construed not according to the technical meaning of its words, but in the sense that they would naturally be understood by the Aboriginal signatories.
- (3) As the honour of the Crown is always involved, no appearance of “sharp dealing” should be sanctioned.
- (4) Any ambiguities or doubtful expressions in the wording of a treaty must be resolved in favour of the Aboriginal signatories. Any limitation on the rights of

Première nation crie Mikisew ou de négocier avec elle ou même de donner un préavis.

[121] Un argument similaire a été rejeté par le juge Finch dans l’arrêt *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, le litige se rapportait à la validité sur le plan constitutionnel d’un permis de coupe de bois accordé par un directeur de district conformément à une loi provinciale. La Première nation de Halfway River avait contesté la validité du permis pour un certain nombre de motifs, notamment parce que le secteur visé par le permis était un secteur dans lequel elle possédait des droits de chasse conformément au Traité n° 8. La Première nation a eu gain de cause devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Un appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a été rejeté, un juge étant dissident. Le juge Finch (tel était alors son titre) et le juge Huddart étaient d’accord pour dire que l’appel devait être rejeté, mais pour des motifs différents. Étant donné qu’ils décrivaient le problème différemment, seul le juge Finch estimait nécessaire de traiter de l’argument relatif à la «prise».

[122] Le juge Finch a décrit la question comme se rapportant à l’interprétation du Traité n° 8. Il a tiré des arrêts *Saanichton Marina Ltd. v. Tsawout Indian Band* (1989), 57 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.); *Badger*, précité; et *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, les principes applicables à l’interprétation des traités conclus avec les Autochtones. Je paraphrase comme suit le résumé des principes en question qui a été fait par le juge:

- 1) Le traité doit être interprété d’une façon équitable, large et libérale en faveur des signataires autochtones.
- 2) Le traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, mais il doit plutôt être interprété suivant le sens que les signataires autochtones lui donneraient naturellement.
- 3) Étant donné que l’honneur de la Couronne est toujours en jeu, aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée.
- 4) Toute ambiguïté ou expression douteuse dans le texte d’un traité doit être réglée en faveur des signataires autochtones. Toute limitation des droits reconnus aux

the Aboriginal signatories under a treaty must be narrowly construed.

(5) Evidence by conduct or otherwise as to how the parties understood the treaty is of assistance in giving it content. Courts must take into account the historical context and perception each party might have as to the nature of the undertaking contained in the document under consideration.

[123] In his discussion of the “taking up” issue as it was presented in that case, Justice Finch noted that as section 35 of the *Constitution Act, 1982* elevated treaty rights to constitutional rights, it could be argued that the right of the Crown to “take up” land covered by Treaty 8 is a Crown right that itself might have achieved constitutional status. Assuming, without deciding, that the Crown’s right to “take up” has constitutional status, that right cannot be stronger than any other constitutional power of the Crown, including the constitutional power that the Crown sought to exercise in *Sparrow, supra*. As Justice Finch said, at paragraph 129 of *Halfway River, supra*:

In my view the fact that the Crown asserts its rights under Treaty 8 can place it in no better position vis-a-vis a competing or conflicting Aboriginal treaty right than the position the Crown enjoys in exercising the powers granted in either s. 91 or 92 of the *Constitution Act, 1867*.

[124] Justice Finch concluded that the granting of a licence to cut timber in an area in which hunting rights are guaranteed by Treaty 8 is a *prima facie* infringement of the hunting right, and that the Crown had an obligation to consult. In other words, he applied the *Sparrow* analysis despite the fact that Treaty 8 appears to permit the Crown to act unilaterally to reduce the geographic area of the hunting rights by “taking up” land for one of the specified purposes.

[125] In my view, the analysis of Justice Finch is correct. It follows that even if the establishment of the winter road is a “taking up” of the 200-metre-wide road

signataires autochtones en vertu d’un traité doit être interprétée d’une façon restrictive.

5) La preuve, par la conduite ou autrement, de la façon dont les parties concevaient le traité est utile lorsqu’il s’agit d’en établir la teneur. Les tribunaux judiciaires doivent tenir compte du contexte historique et de la façon dont chaque partie conçoit la nature de l’engagement mentionné dans le document en question.

[123] Dans son analyse de la question de la «prise» telle qu’elle se présentait dans cette affaire-là, le juge Finch a fait remarquer qu’étant donné que l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* élevait les droits issus de traités au rang de droits constitutionnels, il était possible de soutenir que le droit de la Couronne de «prendre» les terres visées par le Traité n° 8 est un droit qui aurait lui-même pu se voir reconnaître la qualité de droit constitutionnel. À supposer, sans toutefois trancher la question, que le droit de la Couronne de «prendre» des terres est reconnu sur le plan constitutionnel, ce droit ne peut pas être plus fort que les autres pouvoirs constitutionnels de la Couronne, y compris le pouvoir constitutionnel que la Couronne a cherché à exercer dans l’affaire *Sparrow*, précitée. Comme le juge Finch l’a dit, au paragraphe 129 de l’arrêt *Halfway River*, précité:

[TRADUCTION] À mon avis, le fait que la Couronne revendique ses droits en vertu du Traité n° 8 ne peut pas la placer dans une meilleure position, par rapport à un droit issu d’un traité contraire ou contradictoire, que celle dans laquelle elle se trouve lorsqu’elle exerce les pouvoirs conférés à l’article 91 ou à l’article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[124] Le juge Finch a conclu que l’octroi d’un permis de coupe de bois dans un secteur où les droits de chasse sont garantis par le Traité n° 8 constitue une atteinte *prima facie* du droit de chasse et que la Couronne était tenue de procéder à une consultation. En d’autres termes, il a appliqué l’analyse de l’arrêt *Sparrow* même si le Traité n° 8 semblait permettre à la Couronne d’agir unilatéralement pour réduire l’étendue des droits de chasse au moyen de la «prise» de terres pour l’une des fins mentionnées.

[125] À mon avis, l’analyse effectuée par le juge Finch est correcte. Par conséquent, même si l’établissement de la route d’hiver constitue une «prise» du corridor routier

corridor, the “taking up” could be a *prima facie* infringement of the Treaty 8 hunting rights that must be justified according to the test in *Sparrow*.

[126] Even if I am wrong to accept the analysis of Justice Finch on this point, and the *Sparrow* analysis has no application upon a “taking up” of land within the areas covered by Treaty 8, I would nevertheless decline to determine this appeal on the ground that the approval of the winter road was a “taking up”. It appears from paragraph 84 of the reasons for judgment that in the Court below, the “taking up” argument was mentioned by counsel for the Minister “as an aside”. At the hearing of this appeal, counsel for the Minister indicated that this argument had been abandoned, but the Minister’s other counsel later clarified that the Minister was simply not relying on it.

[127] The Minister has always been aware of the “taking up” argument now propounded by Alberta. I do not say that Alberta was not entitled to make that argument in this Court. The Minister could have done so as well. However, for reasons that the Minister has not disclosed and need not disclose, she has chosen not to defend her decision on that ground. In my view, it would be wrong in these circumstances for this Court to affirm the Minister’s decision on a ground upon which the Minister herself chooses not to rely.

(2) Was the winter road approval a *prima facie* infringement?

[128] I will now consider the argument of the Minister that the Judge erred in finding a *prima facie* infringement. The factual basis for that finding is stated at paragraph 98 of the reasons:

In my opinion, the applicant has demonstrated the following impacts on its right to trap and hunt in [Wood Buffalo National Park]:

i) a geographical limitation

Within the road corridor, Mikisew hunters will be prohibited by regulation from exercising their right to hunt. The ability to

d’une largeur de 200 mètres, la «prise» pourrait constituer une atteinte *prima facie* des droits de chasse prévus par le Traité n° 8 qui doit être justifiée selon le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*.

[126] Même si je me trompe en retenant l’analyse du juge Finch sur ce point, et si l’analyse préconisée dans l’arrêt *Sparrow* ne s’applique pas à la «prise» de terres dans les secteurs visés par le Traité n° 8, je refuserais néanmoins de trancher cet appel en me fondant sur le fait que l’approbation de la route d’hiver constituait une «prise». Il ressort du paragraphe 84 des motifs du jugement que, devant la cour d’instance inférieure, l’argument relatif à la «prise» a été plaidé par l’avocat de la ministre «subsidièrement». À l’audition du présent appel, l’avocat de la ministre a fait savoir que cet argument avait été abandonné, mais l’autre avocat de la ministre a par la suite précisé que la ministre ne se fondait tout simplement pas sur cet argument.

[127] La ministre a toujours été au courant de l’argument fondé sur la «prise» maintenant avancé par l’Alberta. Je ne dis pas que l’Alberta n’a pas le droit d’invoquer cet argument devant la présente Cour. La ministre aurait également pu l’invoquer. Toutefois, pour des raisons qu’elle n’a pas divulguées et qu’elle n’a pas à divulguer, la ministre a décidé de ne pas défendre sa décision en invoquant ce motif. À mon avis, la Cour aurait tort, dans ces conditions, de confirmer la décision de la ministre pour un motif que cette dernière a elle-même décidé de ne pas invoquer.

2) L’approbation de la route d’hiver constituait-elle une atteinte *prima facie*?

[128] J’examinerai maintenant l’argument de la ministre selon lequel la juge a commis une erreur en concluant à une atteinte *prima facie*. Le fondement factuel de cette conclusion est énoncé au paragraphe 98 des motifs:

J’estime que la demanderesse a établi que son droit de chasser et de trapper dans le [parc national Wood Buffalo] serait touché de la façon suivante:

i) Restriction géographique

Dans ce corridor routier, il sera interdit aux chasseurs mikisews d’exercer leur droit de chasse. La capacité de continuer à

carry on traditional hunting activities in proximity to the reserve lands is important to the exercise of the hunting right. Further, trapping will also be disrupted. Many of the Mikisew traplines are located close to the existing right-of-way, presumably for ease of access. In fact, the proposed route passes through Mikisew's designated registered trapping area and passes within one kilometre of a Mikisew trapping cabin. To the extent that traplines will have to be re-located, Mikisew's right to trap is clearly impacted.

ii) potential adverse economic consequences

First, the Draft Environmental Assessment Report states the road could potentially result in a diminution [*sic*] in quantity of "catch" for Mikisew; fewer furbearers will be caught in their traps. Second, the same report identifies a potential change in the composition of the "catch"; the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population.

iii) potential cultural consequences

Subsistence hunting and trapping by traditional users of the Park's resources has been in decline for many years. Opening up this remote wilderness to vehicle traffic could potentially exacerbate the challenges facing First Nations struggling to maintain their culture. For example, if the moose population is adversely affected by increased poaching or predation pressures caused by the road, Mikisew will be forced to change their hunting strategies. This may simply be one more incentive to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living. Further, Mikisew argues that keeping the land around the reserve in its natural condition and maintaining their hunting and trapping traditions is important to their ability to pass their skills on to the next generation of Mikisew.

[129] The Minister argues that the finding of *prima facie* infringement of a treaty right is incorrect in law because it was made without taking into account the factors required by *Sparrow*. The Minister also argues that some of the Judge's factual conclusions had no evidentiary foundation.

[130] I will deal first with the *Sparrow* test for *prima facie* infringement. In *Sparrow*, Chief Justice Dickson and Justice La Forest said (at page 1112) that the determination of whether a limitation to an Aboriginal right constitutes a *prima facie* infringement requires consideration of three questions: (1) whether the limitation is unreasonable, (2) whether the limitation

pratiquer les activités de chasse traditionnelle à proximité des réserves est importante pour l'exercice du droit de chasser. Le piégeage aussi sera perturbé. Beaucoup de territoires de piégeage se situent près de l'emprise existante, probablement parce qu'ils sont plus faciles d'accès. En fait, le tracé proposé traverse la zone de piégeage désignée et passe à un kilomètre d'un chalet de piégeage mikisew. Le droit de trapper des Mikisews est clairement touché puisqu'il faudra modifier les territoires de piégeage.

ii) Conséquences économiques potentiellement défavorables

Premièrement, il ressort de la version préliminaire du rapport d'évaluation environnementale que la route pourrait entraîner une baisse de la quantité des prises; moins d'animaux à fourrure se prendront dans les pièges des Mikisews. Deuxièmement, le même document indique que la composition des prises pourrait changer; la population des espèces d'animaux à fourrure les plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner.

iii) Conséquences culturelles potentielles

La chasse et le piégeage de subsistance pratiqués par les utilisateurs traditionnels du parc connaissent un déclin depuis quelques années. En ouvrant ces étendues sauvages et isolées à la circulation routière, on pourrait rendre plus difficile encore le combat des Premières nations pour le maintien de leur culture. Par exemple, si la population d'originaux fait les frais de l'augmentation du braconnage et de la prédation entraînée par l'aménagement de la route, les Mikisews seront forcés de modifier leur stratégie de chasse, et ce sera peut-être une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel et à se tourner vers d'autres modes de vie. Les Mikisews affirment en outre qu'il importe de conserver les terres entourant leur réserve dans leur état naturel et de maintenir leurs traditions de chasse et de piégeage pour que le savoir de la Première nation puisse être transmis à la prochaine génération.

[129] La ministre soutient que la conclusion relative à une atteinte *prima facie* à un droit issu d'un traité est incorrecte en droit parce que la juge l'a tirée sans tenir compte des facteurs nécessaires selon l'arrêt *Sparrow*. La ministre affirme également que certaines conclusions factuelles de la juge n'étaient pas fondées sur des preuves.

[130] J'examinerai d'abord le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* en ce qui concerne l'atteinte *prima facie*. Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dit (à la page 1112) que la réponse à la question de savoir si la restriction d'un droit ancestral constitue une atteinte *prima facie* exige l'examen de trois questions, à savoir 1) la restriction est-elle déraisonnable?

imposes unreasonable hardship, and (3) whether the limitation precludes the exercise of the right by the preferred means.

[131] However, it has subsequently been recognized that those three questions are more relevant to the determination of justification than to the determination of *prima facie* infringement (see, for example, the dissenting reasons of Justice McLachlin, as she then was, in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at paragraph 297). The current view is that the *Sparrow* questions are factors that are relevant to the determination of *prima facie* infringement, but they are not determinative. This is explained by Chief Justice Lamer, as he then was, in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paragraph 43:

The *Sparrow* test for infringement might seem, at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants' rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and "undue" hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement. [My emphasis.]

[132] It seems to me that, after *Gladstone*, *Sparrow* cannot be taken as authority for the proposition that a finding of *prima facie* infringement is wrong in law unless it is preceded by an express consideration of each of the three *Sparrow* questions. The point of the enquiry into the question of *prima facie* infringement, in the context of this case, is to determine whether the decision

2) la restriction impose-t-elle une difficulté déraisonnable? et 3) la restriction empêche-t-elle le recours aux meilleurs moyens d'exercer le droit en cause?

[131] Toutefois, il a subséquemment été reconnu que ces trois questions sont plus pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer la question de la justification plutôt que la question de l'atteinte *prima facie* (voir, par exemple, les motifs prononcés en dissidence par la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au paragraphe 297). À l'heure actuelle, on estime que les questions susmentionnées dans l'arrêt *Sparrow* sont des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu atteinte *prima facie*, mais qu'il ne s'agit pas de facteurs déterminants. C'est ce qu'explique le juge en chef Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 43:

Il est possible que le critère relatif à l'atteinte formulé dans *Sparrow* semble, de prime abord, intrinsèquement contradictoire. D'une part, suivant ce critère, les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. D'autre part, les questions auxquelles les tribunaux doivent répondre, en vertu de ce critère, pour déterminer s'il y a eu atteinte font entrer en jeu des notions comme le caractère déraisonnable ou «indûment» rigoureux de la mesure en cause, notions qui tendent à indiquer qu'il faut établir davantage qu'une diminution appréciable pour prouver l'atteinte. Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [Non souligné dans l'original.]

[132] Il me semble que, suivant l'arrêt *Gladstone*, l'arrêt *Sparrow* ne peut servir d'appui à la thèse voulant qu'une conclusion selon laquelle il y a atteinte *prima facie* est erronée en droit à moins d'être précédée d'un examen exprès de chacune des trois questions énoncées dans l'arrêt *Sparrow*. Dans le contexte de la présente espèce, le point à examiner pour ce qui est de l'atteinte

to construct the winter road would result in a meaningful limitation to the rights of Mikisew Cree First Nation to hunt and trap within the boundaries of Wood Buffalo National Park. That is how the Judge approached the issue, and in my view it is the correct approach.

[133] The findings of fact quoted above indicate that the Judge was aware of what were obviously relevant facts: the size of the Park, the size of the road and the corridor in which firearms would be prohibited, the probable impact of the road on wildlife, the location of the road in relation to the reserve lands of Mikisew Cree First Nation, and their traplines and hunting areas, and the role of hunting and trapping in the life of Mikisew Cree First Nation. The record discloses no palpable and overriding error in any of her findings of fact. She concluded from those facts that the construction of the road would have an adverse effect on hunting and trapping that is sufficient to meet the test of *prima facie* infringement. I see no valid basis for interfering with that conclusion, despite the fact that the Judge did not consider it useful to address the three *Sparrow* questions expressly.

[134] In any event, I am not persuaded that the Judge's conclusion on *prima facie* infringement would have been any different if she had specifically addressed the three *Sparrow* questions. The questions, phrased in the factual context of this case, would be: (1) whether the construction of the winter road unreasonably limits the exercise of hunting and trapping rights, (2) whether that limitation imposes unreasonable hardship, and (3) whether that limitation precludes the exercise of the right by the preferred means. I take from *Gladstone, supra*, that a negative answer to any of these questions would not preclude a finding of *prima facie* infringement. It would appear to follow that a positive answer to only one of the questions could be a sufficient basis for such a finding.

[135] I will consider only the third question. I refer to the Judge's findings of fact as to the proximity of the

prima facie est de savoir si la décision de construire la route d'hiver imposerait une restriction réelle au droit de la Première nation crie Mikisew de pratiquer la chasse et le piégeage dans les limites du parc national Wood Buffalo. C'est ainsi que la juge a abordé la question; à mon avis, cette approche est correcte.

[133] Les conclusions de fait susmentionnées montrent que la juge était au courant de faits qui étaient de toute évidence pertinents: la superficie du parc, l'étendue de la route et du corridor dans lequel les armes à feu seraient prohibées, les répercussions probables de la route sur la faune, l'emplacement de la route par rapport aux terres de la réserve de la Première nation crie Mikisew ainsi que par rapport aux réseaux de piégeage et aux zones de chasse, et le rôle de la chasse et du piégeage dans la vie de la Première nation crie Mikisew. Le dossier ne révèle aucune erreur manifeste dominante dans les conclusions de fait tirées par la juge. La juge a conclu, à partir de ces faits, que la construction de la route aurait sur la chasse et le piégeage un effet préjudiciable suffisant pour satisfaire au critère de l'atteinte *prima facie*. Je ne puis constater aucun fondement valable permettant de modifier cette conclusion, même si la juge n'a pas jugé utile d'examiner expressément les trois questions mentionnées dans l'arrêt *Sparrow*.

[134] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincue que la conclusion que la juge a tirée au sujet de l'atteinte *prima facie* aurait été différente si elle avait expressément examiné les trois questions mentionnées dans l'arrêt *Sparrow*. Les questions, libellées dans le contexte factuel de la présente affaire, seraient de savoir: 1) si la construction de la route d'hiver restreint d'une façon déraisonnable l'exercice des droits de chasse et de piégeage; 2) si cette restriction occasionne des difficultés déraisonnables; et 3) si cette restriction empêche d'avoir recours aux meilleurs moyens pour exercer le droit en question. Je suppose, en me fondant sur l'arrêt *Gladstone*, précité, qu'une réponse négative à l'une quelconque de ces questions n'empêcherait pas de conclure à une atteinte *prima facie*. Il semble s'ensuivre qu'une réponse affirmative à l'une seulement des questions peut constituer un fondement suffisant à l'appui d'une telle conclusion.

[135] J'examinerai uniquement la troisième question. Je mentionnerai les conclusions de fait que la juge a tirées

proposed winter road to the preferred hunting areas and traplines of Mikisew Cree First Nation, the probable disruption to the wildlife, and the restrictions on the use of firearms within the 200-metre road corridor. In my view, the inescapable conclusion is that, for any Mikisew Cree First Nation members who typically hunt or trap near the area of the road corridor, the construction of the winter road will restrict their preferred means of hunting and trapping. It is not particularly relevant to the third question that Wood Buffalo National Park is large and the road corridor is small by comparison, because the preferred means of hunting and trapping is integrally linked to the very place where the proposed road will be constructed. It follows that the Judge made no error in concluding that the construction of the winter road would limit hunting and trapping to an extent that would constitute a *prima facie* infringement of the rights of Mikisew Cree First Nation in Treaty 8.

F. Justification

[136] The next step is to consider whether the infringement of Treaty 8 is justifiable. This is explained as follows in *Sparrow, supra*, at pages 1109-1110:

There is no explicit language in [subsection 35(2) of the *Constitution Act, 1982*] that authorizes this Court or any court to assess the legitimacy of any government legislation that restricts aboriginal rights. Yet, we find that the words “recognition and affirmation” incorporate the fiduciary relationship referred to earlier and so import some restraint on the exercise of sovereign power. Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights. Such scrutiny is in keeping with the liberal interpretive principle enunciated in [*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29] and the concept of holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*.

au sujet de la proximité de la route d’hiver proposée, par rapport aux zones préférées de chasse et aux réseaux de piégeage de la Première nation crie Mikisew, de la perturbation probable de la faune et des restrictions imposées à l’utilisation d’armes à feu dans le corridor routier de 200 mètres. À mon avis, il faut inévitablement conclure qu’en ce qui concerne les membres de la Première nation crie Mikisew qui pratiquent habituellement la chasse ou le piégeage près du secteur du corridor routier, la construction de la route d’hiver restreindra leur moyen préféré de chasser et de trapper. Quant à la troisième question, il n’est pas particulièrement pertinent que le parc national Wood Buffalo soit étendu et que le corridor routier ne le soit comparativement pas, parce que le moyen préféré de chasser et de piéger est intégralement lié à l’emplacement même où la route proposée sera construite. Il s’ensuit que la juge n’a pas commis d’erreur en concluant que la construction de la route d’hiver limiterait la chasse et le piégeage au point de constituer une atteinte *prima facie* aux droits reconnus à la Première nation crie Mikisew par le Traité n° 8.

F. Justification

[136] L’étape suivante consiste à décider si la violation du Traité n° 8 est justifiable. La chose est expliquée comme suit dans l’arrêt *Sparrow*, précité, aux pages 1109 et 1110:

Le paragraphe en question [paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*] ne contient aucune disposition explicite autorisant notre Cour ou n’importe quel autre tribunal à apprécier la légitimité d’une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux. Nous estimons pourtant que l’expression «reconnaissance et confirmation» comporte les rapports de fiduciaire déjà mentionnés et implique ainsi une certaine restriction à l’exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris évidemment le droit de légiférer relativement aux Indiens en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, ces pouvoirs doivent maintenant être rapprochés du par. 35(1). En d’autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec l’obligation fédérale et la meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux. Une telle vérification est conforme au principe d’interprétation libérale énoncé dans l’arrêt [*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29] et avec l’idée que la Couronne doit

être tenue au respect d'une norme élevée—celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité.

...

[. . .]

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

(1) First branch: the objective of the decision

[137] There are two branches to the justification analysis. The first branch relates to the objective of the legislation or government action that causes or constitutes the *prima facie* infringement of the treaty right in question. The first branch is explained in *Sparrow* as follows (at page 1113):

First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial. [My emphasis.]

1) Premier volet: L'objectif de la décision

[137] L'analyse relative à la justification comporte deux volets. Le premier volet se rapporte à l'objectif de la législation ou de la mesure gouvernementale causant ou constituant l'atteinte *prima facie* au droit issu du traité en question. Le premier volet est expliqué comme suit dans l'arrêt *Sparrow* (à la page 1113):

En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels. [Non souligné dans l'original.]

[138] The closing words of the above quotation introduce the notion that it may be possible to balance Aboriginal rights with the rights or needs of other people. However, *Sparrow* takes a cautious approach to that possibility, expressly rejecting the argument that the “public interest” could justify a breach of an Aboriginal right. The following comments appear at page 1113:

We find the “public interest” justification to be so vague as to provide no meaningful guidance and so broad as to be unworkable as a test for the justification of a limitation on constitutional rights.

[139] To similar effect are these comments of then Chief Justice Lamer in *Gladstone*, *supra*, at paragraphs 71-75:

Although the aboriginal rights recognized by s. 35(1) are . . . fundamentally different from the rights in the *Charter*, the same basic principle—that the purposes underlying the rights must inform not only the definition of the rights but also the identification of those limits on the rights which are justifiable—applies equally to the justification analysis under s. 35(1). [Underlining added.]

...

Because, however, distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those [aboriginal] rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. [Underlining added.]

The recognition of conservation as a compelling and substantial goal demonstrates this point. Given the integral role the fishery has played in the distinctive cultures of many aboriginal peoples, conservation can be said to be something the pursuit of which can be linked to the recognition of the existence of such distinctive cultures. Moreover, because

[138] Les remarques finales du passage précité expriment l'idée selon laquelle il est possible d'établir un équilibre entre les droits des Autochtones et les droits ou besoins des autres peuples. Toutefois, dans l'arrêt *Sparrow*, une approche prudente a été adoptée au sujet de cette possibilité, et l'on a expressément rejeté l'argument selon lequel l'«intérêt public» pourrait justifier la violation d'un droit reconnu aux Autochtones. Les remarques suivantes figurent à la page 1113:

Nous considérons que la justification fondée sur «l'intérêt public» est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée.

[139] Les remarques suivantes que le juge en chef Lamer a faites aux paragraphes 71 à 75 de l'arrêt *Gladstone*, précité, vont dans le même sens:

Même si [. . .] les droits ancestraux reconnus par le par. 35(1) sont fondamentalement différents des droits garantis par la *Charte*, le même principe de base s'applique à l'analyse de la justification en vertu du par. 35(1)—savoir que les objets qui sous-tendent les droits en question doivent non seulement servir à la définition de ces droits, mais également à la détermination des limites apportées à ceux-ci et qui sont justifiables. [Soulignement ajouté.]

[. . .]

[. . .] comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits [ancestraux] sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. [Soulignement ajouté.]

La reconnaissance de la conservation en tant qu'objectif impérieux et réel démontre cette affirmation. Vu le rôle fondamental qu'a joué la pêche dans la culture distinctive de nombreux peuples autochtones, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif dont la poursuite peut être liée à la reconnaissance de l'existence de telles cultures distinctives. De

conservation is of such overwhelming importance to Canadian society as a whole, including aboriginal members of that society, it is a goal the pursuit of which is consistent with the reconciliation of aboriginal societies with the larger Canadian society of which they are a part. In this way, conservation can be said to be a compelling and substantial objective which, provided the rest of the *Sparrow* justification standard is met, will justify governmental infringement of aboriginal rights. [Underlining added.]

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

[140] These comments were essentially repeated by then Chief Justice Lamer the following year in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paragraph 161.

[141] *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, presents an example of a situation where the broader public interest did not justify a *prima facie* infringement of an Aboriginal right. The result of that case is summarized by then Chief Justice Lamer, at paragraph 58:

I have some difficulty in accepting, in the circumstances of this case, that the enhancement of sports fishing *per se* is a compelling and substantial objective for the purposes of s. 35(1). While sports fishing is an important economic activity in some parts of the country, in this instance, there is no evidence that the sports fishing that this scheme sought to promote had a meaningful economic dimension to it. On its own, without this sort of evidence, the enhancement of sports fishing accords with neither of the purposes underlying the protection of aboriginal rights, and cannot justify the infringement of those rights. It is not aimed at the recognition of distinct aboriginal cultures. Nor is it aimed at the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society, since sports fishing, without evidence of a meaningful

plus, comme la conservation revêt une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble, y compris pour les membres autochtones de cette société, elle est un objectif dont la poursuite est compatible avec la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la société canadienne plus large dont ces dernières font partie. Dans cette optique, il est possible d'affirmer que la conservation est un objectif impérieux et réel qui justifie la violation par l'État de droits ancestraux, à la condition qu'il soit satisfait aux autres éléments de la norme de justification établie dans *Sparrow*. [Soulignement ajouté.]

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Italique et soulignement dans l'original.]

[140] Ces remarques ont essentiellement été reprises l'année suivante par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 161.

[141] L'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, présente un exemple d'un cas dans lequel l'intérêt public plus étendu ne justifiait pas une atteinte *prima facie* à un droit ancestral. Le résultat de cette affaire a été résumé par le juge en chef Lamer, au paragraphe 58:

J'éprouve de la difficulté à accepter, dans les circonstances du présent pourvoi, que la mise en valeur de la pêche sportive est en soi un objectif impérieux et réel pour ce qui concerne l'application du par. 35(1). Bien que la pêche sportive soit une activité économique importante dans certaines régions du pays, il n'y a en l'espèce aucune preuve que les activités de pêche sportive que le régime en litige vise à favoriser ont une dimension économique importante. En l'absence d'une telle preuve, la mise en valeur de la pêche sportive n'est pas à elle seule un objectif compatible avec l'un ou l'autre des deux objets qui sous-tendent la protection accordée aux droits ancestraux, et elle ne peut justifier l'atteinte portée à ces droits. Elle n'a pas pour but la reconnaissance de cultures autochtones distinctes. Elle ne vise pas non plus la conciliation de

economic dimension, is not “of such overwhelming importance to Canadian society as a whole” (*Gladstone*, at para. 74) to warrant the limitation of aboriginal rights.

[142] The Judge analyzed all of the jurisprudence referred to above, noting finally that Justice Binnie, in *R. v. Marshall*, *supra*, makes no mention of accommodating economic and non-native interests with Aboriginal rights. She reached the following conclusion (at paragraph 122 of her reasons):

Having regard to Binnie J.’s approach in *Marshall* and considering the direction in *Adams* to judge an objective by asking whether it is “informed by the same purposes” as the provision which provides constitutional protection for the rights, I find that an enhanced regional transportation network for the communities surrounding the Park is not a compelling and substantial objective. Allowing the social and economic interests of other communities to justify diminishing Mikisew’s right to trap and hunt cannot be said to be in recognition of the prior occupation of this land by Mikisew.

[143] Justice Binnie’s decision in *Marshall* dealt with the problems of identifying an Aboriginal right through the interpretation of a treaty. He did not discuss justification. However, I agree with the Judge’s conclusion that the objective of the winter road, which is to enhance the economic and social interests of all of the people who live in Fort Smith and other areas in and near Wood Buffalo National Park, is not sufficiently compelling and substantial to override the constitutionally protected right of Mikisew Cree First Nation to hunt in the Park.

[144] I accept that the proposed winter road is likely to be an advantage to its proponents, and others who live in the area. There may even be some advantages for Mikisew Cree First Nation. However, there is no winter road now, and there has been no such road for nearly 40 years. Mikisew Cree First Nation, whose members live, hunt and trap in the immediate vicinity of the proposed road, clearly believe that, for them, any possible advantages do not outweigh the disadvantages. In the context of a proposed justification for the *prima facie*

l’existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne, puisque, en l’absence d’éléments de preuve établissant qu’elle a une dimension économique importante, la pêche sportive ne revêt pas «une importance primordiale pour la société canadienne dans son ensemble» (*Gladstone*, au par. 74) justifiant de limiter des droits ancestraux.

[142] La juge a analysé toute la jurisprudence susmentionnée, en faisant finalement remarquer que, dans l’arrêt *R. c. Marshall*, précité, le juge Binnie ne mentionne pas qu’il faut harmoniser les intérêts économiques et les intérêts non autochtones avec les droits ancestraux. La juge est arrivée à la conclusion suivante (au paragraphe 122 de ses motifs):

Compte tenu du raisonnement du juge Binnie dans *Marshall* et de l’instruction donnée dans *Adams* d’évaluer une fin en se demandant si elle respecte les objectifs visés par la disposition portant constitutionnalisation des droits, je suis d’avis que l’amélioration du réseau routier régional au profit des collectivités situées à proximité du parc ne constitue pas un objectif impérieux et réel. On ne saurait affirmer qu’on reconnaît la priorité d’occupation de ce territoire par les Mikisews si l’on permet que leur droit de chasser et de trapper soit limité en raison des intérêts sociaux et économiques des autres collectivités.

[143] La décision rendue par le juge Binnie dans l’affaire *Marshall* portait sur les problèmes que présentait l’identification d’un droit ancestral au moyen de l’interprétation d’un traité. Le juge n’a pas parlé de la justification. Toutefois, je souscris à la conclusion de la juge lorsqu’elle dit que l’objectif de la route d’hiver, qui doit favoriser les intérêts économiques et sociaux de tous les gens vivant à Fort Smith et ailleurs dans le parc national Wood Buffalo ou près du parc, n’est pas suffisamment impérieux et réel pour l’emporter sur le droit protégé par la Constitution autorisant la Première nation crie Mikisew à chasser dans le parc.

[144] Je reconnais que la route d’hiver proposée constitue probablement un avantage pour ses promoteurs et pour les autres résidents de la région. Cette route peut même comporter certains avantages pour la Première nation crie Mikisew. Toutefois, il n’y a pas maintenant de route d’hiver, et il n’y en a pas eu depuis près de 40 ans. La Première nation crie Mikisew, dont les membres vivent et pratiquent la chasse et le piégeage dans le voisinage immédiat de la route proposée, croit clairement qu’en ce qui la concerne, les avantages possibles ne

infringement of an Aboriginal right, an objective cannot be pressing and substantial unless it relates in some way to the long-term enhancement or preservation of the Aboriginal right that is being infringed (such as the conservation of natural resources), or the objective is overwhelmingly in the interests of the population as a whole. Like the Judge, I cannot accept that the approval of the winter road meets either test.

[145] Having reached the conclusion that the Judge was correct in her conclusion on the first branch of the justification test, it is not necessary to go further and consider whether the Judge was also correct to find that the Minister also failed the second branch of the justification test, which is whether the infringement is consistent with the role of the Crown as having a positive obligation to honour all obligations undertaken in Aboriginal treaties. However, I will consider that aspect of her judgment.

(2) Second branch: the Crown's obligation as fiduciary

[146] The second branch of the justification test has its origins in the decision of the Supreme Court of Canada in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 and *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.). The connection is explained as follows by then Chief Justice Lamer in *Sparrow*, *supra*, at page 1108:

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. . . . [T]he Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship.

[147] The obligation of the Crown in this regard requires, at least, meaningful consultation before a decision is made that will infringe an Aboriginal right.

l'emportent pas sur les inconvénients. Dans le contexte d'une justification proposée de l'atteinte *prima facie* à un droit ancestral, l'objectif visé ne peut pas être pressant et important à moins de se rapporter d'une façon ou d'une autre à l'amélioration ou à la préservation à long terme du droit ancestral auquel il est porté atteinte (comme la conservation des ressources naturelles), ou à moins de favoriser énormément l'intérêt de l'ensemble de la population. Comme la juge, je ne puis reconnaître que l'approbation de la route d'hiver satisfait à l'un ou l'autre critère.

[145] Puisque j'ai conclu que la juge a tiré une conclusion correcte pour ce qui est du premier volet du critère relatif à la justification, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de se demander si la juge a également eu raison de conclure que la ministre n'avait pas non plus satisfait au deuxième volet du critère de justification, qui consiste à décider si l'atteinte est compatible avec le rôle de la Couronne, qui est tenue d'honorer toutes les obligations auxquelles elle s'est engagée dans les traités conclus avec les Autochtones. Toutefois, j'examinerai cet aspect du jugement de la juge.

2) Deuxième volet: l'obligation de la Couronne en sa qualité de fiduciaire

[146] Le deuxième volet du critère relatif à la justification a son origine dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guerin et autres c. La Reine et autres*, [1984] 2 R.C.S. 335 ainsi que dans la décision *Regina v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.). Le juge en chef Lamer explique le lien comme suit dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la page 1108:

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. [. . .] le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques.

[147] L'obligation de la Couronne à cet égard exige, au moins, une consultation réelle avant la prise d'une décision portant atteinte à un droit ancestral. Ce qui

Meaningful consultation is described as follows in *Delgamuukw*, *supra*, at paragraph 168:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. [Underlining added.]

[148] The Judge, correctly, did not limit her analysis of the second branch of the justification test to the question of meaningful consultation. She also touched on the issues of priority, minimal infringement and compensation, keeping her focus throughout on the central question of whether or not the actions of the Minister were consistent with its fiduciary obligations (her approach is clearly described at paragraphs 124-128 of her reasons). However, the basic complaint of Mikisew Cree First Nation is centred on the failure to consult. The question of the adequacy of consultation warranted the detailed consideration it was given by the Judge.

[149] The Judge's conclusion on the question of consultation is stated as follows, at paragraph 157:

In conclusion, it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. In the justification stage of the *Sparrow* analysis, the onus of proof is on the Crown. The Mikisew do not bear the burden of proving that the Crown did not adequately consult with them. It is for the Crown to demonstrate that they did provide a meaningful First Nations consultation. The Minister has not met this burden.

[150] I agree with this conclusion. The record discloses that Mikisew Cree First Nation had opportunities to comment on the proposed winter road, in the context of the environmental assessment, and did not do so. The record also discloses that when Mikisew Cree First Nation did attempt to engage the Minister in

constitue une consultation réelle est décrit comme suit dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, au paragraphe 168:

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. [Soulignement ajouté.]

[148] La juge, avec raison, n'a pas limité son analyse du deuxième volet du critère relatif à la justification à la question de la consultation réelle. Elle a également abordé les questions de priorité, d'atteinte minimale et d'indemnisation, en insistant toujours sur la question cruciale de savoir si les mesures de la ministre étaient compatibles avec ses obligations fiduciaires (son approche est décrite d'une façon claire aux paragraphes 124 à 128 de ses motifs). Toutefois, la Première nation crie Mikisew se plaint fondamentalement du défaut de consultation. La question du caractère adéquat de la consultation justifiait l'examen détaillé auquel la juge a procédé.

[149] La conclusion tirée par la juge au sujet de la question de la consultation est énoncée comme suit au paragraphe 157:

En conclusion, l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. Dans l'analyse élaborée dans l'arrêt *Sparrow*, c'est la Couronne qui a la charge de la preuve à l'étape de la justification. Les Mikisews n'ont pas à prouver que la Couronne ne les a pas consultés comme il se doit. C'est à la Couronne qu'il incombe de démontrer qu'elle a procédé à une consultation digne de ce nom. La Ministre n'a pas fait cette preuve.

[150] Je souscris à cette conclusion. Le dossier révèle que la Première nation crie Mikisew avait eu la possibilité de faire des remarques au sujet de la route d'hiver proposée dans le contexte de l'évaluation environnementale et qu'elle ne l'a pas fait. Le dossier révèle également que, lorsque la Première nation crie

discussions, there was no response. I agree with counsel for the Minister that in some circumstances, meaningful consultation in relation to an infringement of a treaty right may occur in conjunction with consultations on other issues, such as environmental impact, and that the First Nation has an obligation to participate in any consultations actively and in good faith.

[151] However, even if multi-purpose consultations are possible in theory, there must be evidence that First Nation treaty rights are on the table, are understood, and are addressed. It is difficult to find that meaningful consultations have occurred if the Minister has failed to hear or respond to the attempts of the First Nation to put its treaty rights on the table.

[152] In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights.

[153] As indicated above, the Judge touched on the other *Sparrow*, *supra*, factors, but in each case reached a conclusion that favoured the position of Mikisew Cree First Nation. Of particular interest is her discussion of the Minister's argument that reasonable steps were taken

Mikisew a tenté d'entamer des discussions avec la ministre, on ne lui a pas répondu. Je suis d'accord avec l'avocat de la ministre pour dire que, dans certains cas, une consultation réelle en ce qui concerne une atteinte à un droit issu d'un traité peut avoir lieu avec les consultations portant sur d'autres questions, comme les répercussions sur l'environnement, et que la Première nation est tenue de participer à toute consultation activement et de bonne foi.

[151] Toutefois, même si les consultations à multiples fins sont possibles en théorie, il doit être évident que des droits issus d'un traité conclu avec une Première nation sont en cause, qu'ils sont compris et qu'ils sont examinés. Il est difficile de conclure que des consultations réelles auraient eu lieu si la ministre n'avait pas entendu la Première nation ou répondu aux tentatives que la Première nation avait faites pour invoquer ses droits issus d'un traité.

[152] Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité n° 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8.

[153] Comme il en a ci-dessus été fait mention, la juge a traité des autres facteurs mentionnés dans l'arrêt *Sparrow*, précité, mais dans chaque cas, elle est arrivée à une conclusion favorisant la position de la Première nation crie Mikisew. Il est particulièrement intéressant de

to mitigate the effect of the winter road on hunting and trapping near the road. Those steps might well be reasonable, and at the end of the day may prove to be sufficient. However, the Judge found, and it is not disputed, that Mikisew Cree First Nation was not consulted on these measures and, more importantly, that these measures related to a route for the proposed road that was kept secret from Mikisew Cree First Nation until after the critical decision had been made. It was not for the Judge, and it is not for this Court, to speculate about the adequacy of the mitigation steps devised as the result of a process that was fundamentally flawed.

G. Conclusion

[154] I would dismiss the appeal with costs.

noter la façon dont la juge a analysé l'argument de la ministre, à savoir que des mesures raisonnables avaient été prises en vue d'atténuer l'effet de la route d'hiver sur la chasse et le piégeage près de la route. Ces mesures étaient peut-être bien raisonnables et, en fin de compte, elles peuvent s'avérer suffisantes. Toutefois, la juge a conclu, et il n'est pas contesté, que la Première nation crie Mikisew n'a pas été consultée sur ces mesures et, fait plus important, que ces mesures se rapportaient à un tracé qui n'a été communiqué à la Première nation crie Mikisew qu'une fois prise la décision cruciale. Il n'appartient pas à la juge et à la Cour de se lancer dans des conjectures au sujet du caractère adéquat des mesures d'atténuation élaborées par suite d'un processus qui était fondamentalement vicié.

G. Conclusion

[154] J'estime que l'appel doit être rejeté avec dépens.