

Jerry Benjamin Nikal *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Alliance of Tribal Councils, Delgamuukw et al., the Fisheries Council of British Columbia, the Canadian National Railway Company, the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation *Interveners*

INDEXED AS: R. V. NIKAL

File No.: 23804.

1995: November 30; 1996: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Aboriginal rights — Fishing rights — Appellant charged with fishing without a licence — Whether licensing scheme infringing appellant's aboriginal rights and therefore not applying to him — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).

Appellant is a native charged with fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. Native persons, although required to have a licence, were entitled to a free permit to fish for salmon in the manner they preferred. Appellant had been gaffing salmon in the Bulkley River where it flows through his reserve. He took the position that the licensing scheme infringed his aboriginal rights as provided in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and was therefore inapplicable. He further contended that the river is, at this point, part of his reserve so that only

Jerry Benjamin Nikal *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de F Alberta, l'Alliance of Tribal Councils, Delgamuukw et autres, le Fisheries Council of British Columbia, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. NIKAL

N° du greffe: 23804.

1995: 30 novembre; 1996: 25 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Indiens — Droits ancestraux — Droits de pêche — Appelant accusé d'avoir pêché sans permis — Le régime de délivrance de permis viole-t-il les droits ancestraux de l'appelant et est-il par conséquent inapplicable à ce dernier? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-britannique, DORS/84-248, art. 4(1).

L'appelant, un autochtone, a été accusé d'avoir pêché sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Même s'ils étaient tenus de détenir un permis, les autochtones avaient le droit d'obtenir, sans frais, un permis les autorisant à pêcher le saumon de la manière qu'ils préféraient. L'appelant avait pris du saumon à la gaffe dans la rivière Buldey, là où elle traverse sa réserve. L'appelant a fait valoir que le régime de délivrance de permis porte atteinte aux droits ancestraux qui lui sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'il est donc inapplicable. Il a également affirmé que, à cet endroit, la rivière fait partie de sa réserve et que, en conséquence, seul s'appliquait le règlement administratif de

the band by-law, which allowed band members unrestricted fishing in the river, applied.

Appellant was acquitted at trial and the acquittals were upheld by the Summary Conviction Appeal Judge. The acquittals were set aside by the Court of Appeal. The constitutional question before this Court queried whether s. 4(1) of the Regulations and licences issued under it were of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances by reason of the aboriginal rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In essence, two issues are raised: (1) whether the band's fishing by-law applies to the Bulkley River where it flows through the band's reserve, and (2) whether the licence requirement under s. 4(1) of the Regulations infringes the appellant's aboriginal rights contrary to s. 35.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer CJ. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Historical documents available to the public were relied on. All parties had an opportunity to review and make submissions pertaining to them.

The Crown did not intend to grant an exclusive fishery to the band when it created the reserve. Reserve commissioners were not given authority to bind the Crown and were instructed not to assign fishing rights irrevocably and absolutely. The Crown's policy against the granting of exclusive fisheries to the Indians was often and forcefully stated. No evidence supported the position that the Department of Indian Affairs had intended to grant the bands exclusive fisheries but the Department of Marine and Fisheries overrode this intention in an inter-departmental jurisdiction dispute. Notwithstanding the band's claim that it was misled as to the grant of an exclusive fishery, the facts surrounding this particular grant considered in light of the expressed general policy indicate an intention to allot only the land of the reserve and not the river.

The portion of the river flowing through the reserve (with the reserve on both sides) does not form part of the reserve through operation of the doctrine of *ad medium filum aquae* to non-navigable water. This doctrine, assuming without deciding that it should apply in Canada, does not apply for three reasons. First, it only applies to non-navigable rivers and the Bulkley River, taking into account its entire length, should be consid-

la bande, qui accorde aux membres de la bande un droit de pêche illimité dans la rivière.

L'appellant a été acquitté au procès. La cour d'appel des poursuites sommaires a confirmé les acquittements, qui ont par la suite été infirmés par la Cour d'appel. La question constitutionnelle soumise à notre Cour est de savoir si le par. 4(1) du Règlement et les permis délivrés sous son régime sont, dans les circonstances, inopérants à l'égard de l'appellant en raison des droits ancestraux protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Essentiellement, deux questions sont soulevées: (1) Le règlement administratif de pêche de la bande s'applique-t-il à la rivière Bulkley, là où elle traverse la réserve de la bande? (2) L'obligation de détenir un permis prévue au par. 4(1) du Règlement porte-t-elle atteinte aux droits ancestraux de l'appellant, contrevenant ainsi à l'art. 35?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Des documents historiques auxquels le public a accès ont été invoqués. Toutes les parties ont eu la possibilité de les examiner et de faire des observations à leur égard.

La Couronne n'avait pas l'intention d'accorder de pêche exclusive à la bande lorsqu'elle a créé la réserve. Les commissaires des réserves n'étaient pas habilités à lier la Couronne et avaient reçu instruction de ne pas céder de droits de pêche de manière irrévocable et absolue. La politique de la Couronne interdisant l'attribution de pêcheries exclusives aux Indiens a été affirmée de façon catégorique à maintes reprises. Aucun élément de preuve n'était la thèse que le ministère des Affaires indiennes entendait accorder des pêcheries exclusives aux Indiens mais que le ministère de la Marine et des Pêcheries avait fait obstacle à cette volonté, dans le cadre d'un conflit de compétences entre ministères. Même si la bande a fait valoir qu'elle avait été amenée à croire qu'on lui accordait une pêche exclusive, examinés à la lumière de la politique générale déclarée, les faits de cette attribution indiquent que l'intention était d'accorder uniquement les terres de la réserve et non la rivière.

La partie de la rivière qui traverse la réserve (et qui est ainsi bordée des deux côtés par la réserve) ne fait pas partie de la réserve par l'application de la doctrine *ad medium fdum aquae* aux eaux non navigables. À supposer, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'elle s'applique au Canada, cette doctrine ne s'applique pas en l'espèce pour trois raisons. Premièrement, elle ne s'applique qu'aux rivières non navigables, et la rivière

ered to be navigable. Secondly, when the reserve was created at common law the fishery was a right severable from the title to the river bed. Ownership of the river bed had no effect on the fishery as the Crown specifically refused to grant an exclusive fishery to the band. Thirdly, even if the presumption could be said to apply, it was rebutted in light of the evidence that the Crown never allotted nor intended to allot the river bed to the band.

The onus of establishing a *prima facie* infringement of an aboriginal right rests on the person claiming that right. The existence and the extent of the aboriginal right must first be established. The right established was to fish for food and ceremonial purposes and to provide members of the band with fish necessary for personal food and ceremonial needs but no position was taken as to whether the right extends beyond that. The appellant had no right not to comply with the directions of the Department of Fisheries and Oceans.

A *prima facie* infringement of an aboriginal right does not necessarily occur if something should affect that right. Rights do not exist in a vacuum and the ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom without any restriction is not an acceptable concept in our society.

The aboriginal right to fish must be balanced against the need to conserve the fishery stock. This right cannot automatically deny the ability of the government to set up a licensing scheme or program as part of a conservation program since the right's exercise depends on the continued existence of the resource.

Only aboriginal peoples can exercise aboriginal rights. The nature and scope of these rights will frequently be dependant upon membership in particular bands who have established particular rights in specific localities. In this context, a licence may be the least intrusive way of establishing the existence of an individual's aboriginal right as well as preventing non-aboriginals from exercising aboriginal rights.

Conditions of the licence can infringe the rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The test

Bulkley, si on la considère dans son ensemble, devrait être considérée comme une rivière navigable. Deuxièmement, lorsque la réserve a été créée, en vertu de la common law, la pêche était separable du titre relatif au lit de la rivière. Le titre sur le lit de la rivière n'a produit aucun effet à l'égard de la pêche, étant donné que la Couronne a expressément refusé d'accorder à la bande une pêche exclusive. Troisièmement, même s'il était possible d'affirmer que la présomption s'applique, elle a été réfutée compte tenu de la preuve que la Couronne n'a jamais accordé le lit de la rivière à la bande ni eu l'intention de le faire.

Il incombe à la personne revendiquant un droit ancestral d'établir qu'il a été porté atteinte à première vue à ce droit. L'existence et la portée du droit ancestral doivent d'abord être établies. Le droit qui a été établi était celui de pêcher à des fins alimentaires et rituelles et de fournir à d'autres membres de la bande le poisson nécessaire pour satisfaire leurs besoins alimentaires et rituels, mais aucune opinion n'a été exprimée quant à savoir si ce droit a une portée plus large. L'appelant n'avait pas le droit de ne pas se conformer aux ordres du ministère des Pêches et des Océans.

Il n'y a pas nécessairement atteinte à première vue à un droit ancestral si quelque chose entrave l'exercice de ce droit. Les droits n'existent pas dans l'abstrait et les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue, sans restriction aucune, est un concept inacceptable dans notre société.

Il faut mettre en équilibre le droit ancestral de pêcher et la nécessité de conserver les ressources halieutiques. Ce droit ne peut automatiquement priver le gouvernement de la capacité de mettre sur pied un régime ou programme de délivrance de permis faisant partie d'un programme de conservation, car l'exercice du droit en question dépend de la survie de ces ressources.

Seuls les peuples autochtones peuvent exercer des droits ancestraux. La nature et la portée de ces droits dépendent fréquemment de l'appartenance à une bande particulière ayant établi l'existence de certains droits dans une localité donnée. Dans ce contexte, un permis peut constituer le moyen le moins attentatoire d'établir l'existence du droit ancestral d'un individu et d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux.

Les conditions prévues par le permis peuvent constituer une atteinte aux droits garantis par l'art. 35 de la

established in *Sparrow* requires: (1) an assessment of whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right, and if so, whether that effect represents a *prima facie* infringement of s. 35(1); and, (2) a determination of whether the limitation is unreasonable, imposes an undue hardship or denies holders of the right the preferred means of exercising the right. The onus of proving & *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

The licence, as distinct from its conditions, does not constitute an infringement of s. 35(1). The simple requirement of a licence is not in itself unreasonable; rather, it is necessary for the exercise of the right itself. A licence which is freely and readily available cannot be considered an undue hardship for that term implies more than mere inconvenience. The licence by itself, without its conditions, cannot affect the preferred means of exercising the right since it is nothing more than a form of identification.

The government must justify those conditions of a licence which on their face infringe the s. 35 right to fish. The infringing conditions of the 1986 licence are: (i) the restriction to fishing for food only; (ii) the notations providing that fishing time was subject to change by public notice and that Indian food fishing outside set dates must be licensed by the Provincial Fish and Wildlife Conservation Officer; (iii) the restriction to fishing for the fisher and his or her family only; and (iv) the restriction to fishing for salmon only. These conditions are *prima facie* infringements of the appellant's aboriginal rights: (i) to determine band members who will receive the fish for ultimate consumption; (ii) to select the use (food, ceremonial or religious) of the fish; (iii) to fish for steelhead; and, (iv) to choose the period of time to fish in the river. Other terms of the licence could be infringements if they contradicted the appellant's aboriginal rights. These terms provide for: (i) the prescribed waters in which fishing can take place; (ii) the type of gear which can be used; and, (iii) the fishing times and days. Non-enforcement does not result in these conditions being valid. The holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of the right.

Loi constitutionnelle de 1982. Le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* exige: (1) qu'on détermine si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant et, dans l'affirmative, si elle constitue une violation à première vue du par. 35(1); (2) qu'on détermine si la restriction est déraisonnable, indûment rigoureuse ou prive les titulaires du droit de recourir à leur moyen préféré de l'exercer. C'est à l'individu ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu atteinte à première vue.

Le permis lui-même, par opposition aux conditions dont il est assorti, ne constitue pas une atteinte au par. 35(1). La simple obligation d'être titulaire d'un permis n'est pas en soi déraisonnable, mais au contraire nécessaire à l'exercice du droit lui-même. Un permis gratuit et facile à obtenir ne peut être considéré comme étant une mesure indûment rigoureuse, car ces mots impliquent plus qu'un simple inconvénient. Le permis lui-même, indépendamment de ses conditions, ne peut gêner l'exercice du droit par les moyens préférés puisqu'il n'est rien d'autre qu'un moyen d'identification.

Le gouvernement est tenu de justifier les conditions prévues par un permis qui, à la simple lecture de leur texte, portent atteinte au droit de pêche garanti par l'art. 35. Les conditions attentatoires du permis de 1986 sont les suivantes: (i) la pêche ne peut être pratiquée qu'à des fins alimentaires; (ii) les remarques indiquant que la période de pêche peut être modifiée par avis public et que les Indiens qui pratiquent la pêche à des fins alimentaires en dehors de périodes déterminées doivent détenir un permis délivré par l'agent provincial de conservation de la faune et du poisson; (iii) le pêcheur ne peut pratiquer la pêche que pour lui-même et sa famille; (iv) seule la pêche au saumon peut être pratiquée. Ces conditions constituent à première vue des atteintes aux droits ancestraux de l'appellant: (i) de désigner les membres de la bande qui recevront le poisson pour le consommer en bout de ligne; (ii) de décider à quelles fins (alimentaires, rituelles ou religieuses) sera utilisé le poisson; (iii) de pêcher la truite arc-en-ciel; (iv) de décider à quel moment pêcher dans la rivière. Le permis est assorti d'autres conditions qui pourraient être attentatoires si elles entraient en conflit avec les droits ancestraux de l'appellant. Ces conditions concernent: (i) la désignation des eaux où la pêche peut être pratiquée; (ii) le type d'engins de pêche pouvant être utilisés; (iii) les jours et les heures de pêche. Le fait qu'elles ne soient pas appliquées n'a pas pour effet de rendre ces conditions valides. Le titulaire d'un droit constitutionnel n'a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

Sparrow set out questions to be addressed in determining if an infringement of aboriginal or treaty rights could be justified: (1) whether there was a valid legislative objective; and if so (2) whether the honour of the Crown and the special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals was at stake. Further questions might arise depending on the circumstances of the inquiry: whether there had been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation was available, and whether the aboriginal group in question had been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test for justification.

Reasonableness must come into play in aspects of information and consultation. Regulations pertaining to conservation may have to be enacted expeditiously, however, if a crisis is to be avoided. The nature of the situation will have to be taken into account.

The government adduced no evidence to justify the conditions of the licence and accordingly did not meet its onus to do so. The licence and its integral conditions are an indivisible whole. The conditions, even if they could be considered separately, were not severable.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The requirement of a licence did not constitute a *prima facie* infringement of the appellant's constitutionally protected right to fish for food.

The issue before the Court was whether the act of licensing *per se* was unconstitutional and not whether the conditions attached to the licence were unconstitutional. The charge of failing to obtain a validly required licence must be distinguished from breach of one of the conditions of the licence. The invalidity of licence conditions does not excuse a person from obtaining the licence required by law even if the conditions are "integral" to the licence.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Keewatin Power Co. v. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R.

Ont été énoncées, dans *Sparrow*, les questions qu'il faut examiner pour déterminer s'il est possible de justifier une atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. (1) Existe-t-il un objectif législatif régulier? Si oui, (2) l'honneur de Sa Majesté ainsi que les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones sont-ils en jeu? D'autres questions peuvent également se soulever, selon les circonstances de l'enquête. En tentant d'obtenir le résultat souhaité, a-t-on porté le moins possible atteinte à des droits? Une juste indemnisation est-elle prévue en cas d'expropriation? Le groupe d'autochtones en question a-t-il été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre? Le concept du caractère raisonnable fait partie intégrante du critère de justification établi dans l'arrêt *Sparrow*,

Le caractère raisonnable doit entrer en jeu pour ce qui est des aspects qui concernent l'information et la consultation. Cependant, il est possible que des règlements en matière de conservation doivent être pris rapidement afin d'éviter une crise. Il faudra tenir compte de la nature de la situation.

Le gouvernement n'a présenté aucune preuve susceptible de justifier les conditions fixées par le permis, et il ne s'est donc pas acquitté du fardeau qui lui incombe. Le permis et les conditions qui en font partie intégrante forment un tout indivisible. Même si elles pouvaient être considérées séparément, les conditions ne seraient pas dissociables.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'obligation d'obtenir un permis de pêche ne constitue pas à première vue une atteinte au droit de pêcher pour se nourrir qui est garanti à l'appelant par la Constitution.

La Cour était saisie de la question de savoir si le fait de délivrer des permis est en soi inconstitutionnel et non si les conditions dont est assorti le permis sont inconstitutionnelles. Il faut établir une distinction entre l'accusation de ne pas détenir le permis valablement requis et celle d'enfreindre une des conditions du permis. L'invalidité des conditions prévues par un permis ne dispense pas une personne de l'obligation d'obtenir le permis requis par la loi, même si ces conditions font «partie intégrante» du permis.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Keewatin Power Co. c. Kenora (Town)* (1906), 13

237; **considered:** *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, rev'g [1991] 3 W.W.R. 97; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608; *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274; *Holford v. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150, revM on other grounds (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325; *? v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505; *? v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *? v. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161.

By McLachlin J. (dissenting)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the extension and application of "The Fisheries Act, " to and in the Provinces of British Columbia, Prince Edward Island and Manitoba, S.C. 1874, c. 28.

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 4(1).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.

English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 70, s. 2 [now *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2].

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14 (formerly R.S.C. 1970, c. F-14).

Fisheries Act, S.C. 1868, c. 60.

Gitksan- Wet 'suwet 'en Indian Fishing By-Law, SOR/86-612, ss. 2, 3, 4.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, s. 81(1)(o) [am. c. 32 (1st Supp.), s. 15(3)] (formerly R.S.C. 1970, c. 1-6 [am. S.C. 1985, c. 27, s. 15.1(2)]).

North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50, s. 11.

Authors Cited

Coulson, H. J. W., and Urquhart A. Forbes. *The Law relating to Waters*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1902.

O.L.R. 237; **arrêt examiné:** *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; **arrêts mentionnés:** *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, inf. [1991] 3 W.W.R. 97; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608; *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274; *Holford c. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150, inf. pour d'autres motifs (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325; *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *R. c. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Norton c. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886); *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'extension et l'application de «l'Acte des Pêcheries» aux provinces de la Colombie-Britannique, de rîle-du-Prince-Édouard et de Manitoba, S.C. 1874, ch. 28.

Acte des Pêcheries, S.C. 1868, ch. 60.

Acte des territoires du Nord-Ouest, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 11.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).

English Law Ordinance, 1867, S.B.C. 1867, No. 70, art. 2 [maintenant *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2].

Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, DORS/86-612, art. 2, 3, 4.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5, art. 81(1)(o) [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 15(3)] (auparavant S.R.C. 1970, ch. 1-6 [mod. S.C. 1985, ch. 27, art. 15.1(2)]).

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14 (auparavant *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14).

Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(1).

Doctrine citée

Coulson, H. J. W., and Urquhart A. Forbes. *The Law relating to Waters*, 2nd ed. London: Sweet and Maxwell, 1902.

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245, [1993] 5 W.W.R. 629, [1993] 4 C.N.L.R. 117, 33 B.C.A.C. 18, 54 W.A.C. 18, allowing the Crown's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247, [1991] 2 W.W.R. 359, [1991] 1 C.N.L.R. 162, 5 C.R.R. (2d) 118, upholding the acquittal of the accused by Smyth Prov. Ct. J., [1989] 4 C.N.L.R. 143, on a charge of fishing without a licence. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Peter R. Grant, David Paterson and Peter W. Hutchins, for the appellant.

5. *David Frankel, Q.C.*, and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Arthur C. Pape, for the intervener the Alliance of Tribal Councils.

Michael Jackson, for the interveners Delgamuukw et al.

7. *Keith Lowes*, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

Christopher Harvey, Q.C., for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245, [1993] 5 W.W.R. 629, [1993] 4 C.N.L.R. 117, 33 B.C.A.C. 18, 54 W.A.C. 18, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247, [1991] 2 W.W.R. 359, [1991] 1 C.N.L.R. 162, 5 C.R.R. (2d) 118, qui avait confirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Smyth de la Cour provinciale, [1989] 4 C.N.L.R. 143, relativement à une accusation d'avoir pêché sans permis. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Peter R. Grant, David Paterson et Peter W. Hutchins, pour l'appelant.

5. *David Frankel, c.r.*, et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Arthur C. Pape, pour l'intervenante l'Alliance of Tribal Councils.

Michael Jackson, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

7. *Keith Lowes*, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Christopher Harvey, c.r., pour les intervenantes la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

1 CORY J. — The appellant is a Wet'suwet'en Indian of the Moricetown Band. He lives in the village of Moricetown which is within the boundaries of Moricetown Reserve No. 1. The reserve comprises lands on both sides of the Bulkley River. On July 20 and 23, 1986, officers of the Department of Fisheries and Oceans watched the appellant gaff salmon in the Bulkley River at Moricetown. When he was asked for his licence he stated that he did not have one. He was then charged with fishing without a licence contrary to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248. The Regulations provided that Indian people were entitled to a free permit to fish for salmon in the manner they preferred.

2 The appellant took the position that the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (formerly R.S.C. 1970, c. F-14), and Regulations did not apply to him as the licensing scheme infringed his aboriginal rights as provided in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The section is found in Part II of that Act, entitled "Rights of the Aboriginal Peoples of Canada", and reads:

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

The appellant further contended that the Bulkley River is, at this point, part of the Moricetown Reserve and that as a result he was bound solely by the band by-law as it pertains to fishing in the river.

3 At trial on May 29, 1989, Smyth Prov. Ct. J. acquitted the appellant of the charges. On appeal, the Summary Conviction Appeal Justice Millward J. upheld the acquittals, but on different grounds. On further appeal to the British Columbia Court of Appeal, a majority of the court (Lambert and Hutcheon J.J.A. dissenting) set aside the acquittals and entered convictions on the charges.

LE JUGE CORY — L'appelant, Indien Wet'suwet'en de la bande de Moricetown, vit dans le village de Moricetown, qui se trouve à l'intérieur des limites de la réserve n° 1 de Moricetown. La réserve se compose de terres situées des deux côtés de la rivière Bulkley. Les 20 et 23 juillet 1986, des agents du ministère des Pêches et des Océans ont observé l'appelant en train de prendre du saumon à la gaffe dans la rivière Bulkley à Moricetown. Lorsqu'ils lui ont demandé d'exhiber son permis, il leur a répondu qu'il n'en avait pas. Il a alors été accusé d'avoir pêché sans permis, contrairement au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248. Ce règlement indiquait que les Indiens avaient le droit d'obtenir, sans frais, un permis les autorisant à pêcher le saumon de la manière qu'ils préféraient.

L'appelant a fait valoir que la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (auparavant la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14), et son règlement d'application, ne s'appliquaient pas à lui puisque le régime de délivrance de permis portait atteinte aux droits ancestraux qui lui sont garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette disposition, qui se trouve dans la partie II, intitulée «Droits des peuples autochtones du Canada», est ainsi rédigée:

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

L'appelant a également affirmé que, à cet endroit, la rivière Bulkley fait partie de la réserve de Moricetown et que, en conséquence, il était assujéti uniquement au règlement administratif de la bande, pour ce qui concerne la pêche dans la rivière.

Au procès, le 29 mai 1989, le juge Smyth de la Cour provinciale a acquitté l'appelant des accusations portées contre lui. En appel, le juge d'appel Millward des poursuites sommaires a confirmé les acquittements, mais pour des motifs différents. Par la suite, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Lambert et Hutcheon étant dissidents), a annulé les acquittements et inscrit des déclarations de culpabilité à **V&onrA des accusations.**

Issues

By order of the Chief Justice the following constitutional question was stated:

Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

The appellant and respondent have agreed that two issues are raised in this appeal. The first is whether the fishing by-law of the Moricetown Band applies to the Bulkley River at Moricetown. The second is whether the licence requirement under s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* infringes the appellant's aboriginal rights, contrary to s. 35.

The Band By-Law

Section 81(1)(t) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5 (formerly R.S.C. 1970, c. 1-6), provides:

81. (1) The council of a band may make by-laws ... for any or all of the following purposes, namely,

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve.

Pursuant to that provision, the Moricetown Band Council passed a by-law which provided in part as follows:

Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, SOR/86-612

2. The following definitions apply in this By-Law:

Questions en litige

Sur ordonnance du Juge en chef, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le paragraphe 4(1) du Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, qu'il invoque?

L'appelant et l'intimée ont convenu qu'il y a deux questions en litige dans le présent pourvoi. Premièrement, le règlement administratif de pêche de la bande de Moricetown s'applique-t-il à la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown? Deuxièmement, l'obligation de détenir un permis prévue au par. 4(1) du Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique porte-t-elle atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, contrevenant ainsi à l'art. 35?

Le règlement administratif de la bande

L'alinéa 81(1)o de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. 1-6), est ainsi rédigé:

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs [...] pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve [«on the reserve»].

Conformément à cette disposition, le conseil de bande de Moricetown a pris un règlement administratif prévoyant en partie ce qui suit:

Gitksan-Wet'suwet'en Indian Fishing By-Law, DORS/86-612

[TRADUCTION] 2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement administratif.

4

5

6

7

r) "Waters of the Bands" means all water, waterways, rivers or streams which are located upon, or within boundaries of the reserves set aside for the use and benefit of the Moricetown Band.

3. This By-Law applies in respect and over all waters of the Band.

4. a) Gitksan-Wet'suwet'en persons are permitted to engage in fishing in waters of the Bands at any time and by any means ____

Whether or not the by-law could be applied to the Bulkley River will depend on whether that river forms part of the reserve.

Reasons of the Courts Below

Trial, [1989] 4 C.N.L.R. 143

8

Smyth Prov. Ct. J. began by considering the band's by-law. He noted that the Crown had conceded that if the by-law applied to the Bulkley River, it would take priority over the *Fisheries Act* and the Regulations. Section 81(1)(o) of the *Indian Act* authorized the band to make by-laws for the "preservation, protection and management of... fish... on the reserve". The key issue was therefore the interpretation of the expression "on the reserve". He held, at p. 146, that this expression authorized the band to make by-laws not only in relation to fisheries which were a geographical part of the reserve, but also in relation to "waters that are merely touching, against or at the reserve". Since the Bulkley River touched the Moricetown Reserve, the band's by-law would apply to the river and the appellant could rely on the by-law as a defence to the charges against him. On this ground, Smyth Prov. Ct. J. acquitted the appellant.

Supreme Court of British Columbia (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247

9

Millward J. found that Smyth Prov. Ct. J. erred in his interpretation of the expression "on the reserve". He held that the expression could not be

r) «eaux des bandes» Toute l'eau, y compris les voies d'eau, rivières ou ruisseaux se trouvant dans les réserves mises de côté au profit et à l'usage de la bande de Moricetown ou à l'intérieur des limites de ces réserves [«upon, or within boundaries of the reserves»],

3. Le présent règlement administratif s'applique à toutes les eaux de la bande.

4. a) Les Gitksan-Wet'suwet'en sont autorisés à pêcher dans les eaux des bandes en tout temps et par tous moyens...

Le règlement administratif ne sera applicable à la rivière Bulkley que si celle-ci fait partie de la réserve.

Motifs des juridictions inférieures

Première instance, [1989] 4 C.N.L.R. 143

Le juge Smyth de la Cour provinciale a d'abord examiné le règlement administratif de la bande. Le ministère public, a-t-il signalé, a concédé que, s'il s'appliquait à la rivière Bulkley, ce règlement aurait priorité sur la *Loi sur les pêches* et le règlement. L'alinéa 81(1)o de la *Loi sur les Indiens* autorise la bande à prendre des règlements administratifs pour la «conservation, la protection et la régie... du poisson, ... dans la réserve [«on the reserve»]». La question clé était par conséquent l'interprétation de l'expression «on the reserve». Le juge a statué, à la p. 146, que cette expression autorisait la bande à prendre des règlements administratifs à l'égard non seulement des pêcheries faisant géographiquement partie de la réserve, mais également des [TRADUCTION] «eaux qui ne font que toucher à la réserve». Comme la rivière Bulkley touchait à la réserve de Moricetown, le règlement administratif de la bande s'appliquait à la rivière et l'appellant pouvait l'invoquer comme moyen de défense à l'égard des accusations portées contre lui. Pour ce motif, le juge Smyth a acquitté l'appellant.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 247

Le juge Millward a conclu que le juge Smyth avait mal interprété l'expression «on the reserve». Il a jugé que cette expression ne pouvait être inter-

read so as to include land outside the boundaries of the reserve. Since the bed of the Bulkley River is not a geographic part of the Moricetown Reserve he found that the by-law did not apply to it, and thus the appellant could not rely upon it.

Millward J. then examined the food fishing licensing regime as a whole and concluded that it constituted a *prima facie* infringement of the appellant's aboriginal right. He then turned to the question of whether this infringement could be justified. He noted that the licensing regime was enacted pursuant to the valid legislative objectives of conservation and management. He observed that because salmon are particularly vulnerable to overfishing, the management of the salmon fishery must be directed by an objective, central organization. He found that the conservation and management concerns justified the imposition of a licensing scheme on all fishers including aboriginals.

Turning to the specific licensing scheme in question, Millward J. considered whether it was rationally connected to the goals of conservation and management. He noted that licences are free, do not restrict the amount of fish which may be caught and impose only minimal conditions on the manner of catching the fish. However, he found that in 1986 the salmon stocks near Moricetown were healthy and there was no need for any conservation steps to be taken in that year.

The Department of Fisheries and Oceans argued that the licensing system was important because it allowed it to exert some control over the fishery if conservation measures were required in the future. Millward J. found the licensing scheme to be lacking in several aspects. First he pointed out that since aboriginal peoples must be given priority in the allocation of salmon, conservation measures should be directed first at other users, such as sport fishers. Second, using licences only to keep track of those who can fish achieves little, and simply provides the Department with the number of people that are fishing with a licence. Third, the licensing scheme does not aid in determining the

prétée comme visant des terres situées à l'extérieur des limites de la réserve. Puisque le lit de la rivière Bulkley ne fait pas géographiquement partie du territoire de la réserve de Moricetown, le règlement administratif ne s'y appliquait pas et ne pouvait donc être invoqué par l'appellant.

Le juge Millward a ensuite examiné l'ensemble du régime de délivrance de permis de pêche de subsistance et conclu que celui-ci constituait à première vue une atteinte au droit ancestral de l'appellant. Puis il s'est demandé si cette atteinte pouvait être justifiée. Il a souligné que ce régime avait été établi en conformité avec les objectifs législatifs réguliers de conservation et de gestion. Il a également fait remarquer que, comme le saumon est particulièrement vulnérable à la surpêche, la gestion de cette pêche doit relever d'une organisation centrale et objective. Il a conclu que les considérations de conservation et de gestion justifiaient l'imposition d'un régime de délivrance de permis à tous les pêcheurs, y compris aux autochtones.

Passant à l'examen du régime de délivrance de permis en cause, le juge Millward s'est demandé si celui-ci avait un lien rationnel avec les objectifs de conservation et de gestion. Il a signalé que les permis sont gratuits, qu'ils ne limitent pas le nombre de prises autorisées et qu'ils n'imposent que des conditions minimales quant aux méthodes de pêche. Cependant, il a conclu que, en 1986, les stocks de saumon près de Moricetown étaient abondants, de sorte qu'aucune mesure de conservation ne s'imposait cette année-là.

Le ministère des Pêches et des Océans a prétendu que le régime de délivrance de permis est important car il lui permet d'exercer une certaine surveillance sur les pêcheries, au cas où des mesures de conservation seraient nécessaires dans le futur. Le juge Millward a conclu que ce régime comportait des lacunes à plusieurs égards. Premièrement, a-t-il noté, puisque les peuples autochtones doivent se voir accorder la priorité dans la répartition du saumon, les mesures de conservation devraient d'abord viser d'autres utilisateurs, tels les pêcheurs sportifs. Deuxièmement, le fait d'utiliser uniquement les permis pour savoir qui peut pêcher ne donne pas grand-chose et ne renseigne le

10

11

12

harvest rates of the fishery since it does not specify how many fish may be caught. Moreover, several alternatives to licensing are available to ensure that fishers receive information about the fishery (i.e., newspaper announcements). In short, the licensing scheme could not be justified either on the basis that it was necessary for information gathering or on the basis that it was necessary for information dissemination.

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245

Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring)

13

Macfarlane J.A. began by observing that the appellant was not simply asserting an aboriginal right to fish for food. Rather, he was asserting an aboriginal right of self-regulation in relation to the salmon fishery. In his view, the existence of the right of self-regulation would be inconsistent with the judgment in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, where it was recognized that the Crown could regulate aboriginal rights. Moreover, in *Sparrow* it was decided that not all regulations of an aboriginal right constituted *prima facie* infringement of that right. A regulation must constitute an unreasonable limitation or impose undue hardship in order for it to infringe an aboriginal right. Macfarlane J.A. concluded at p. 257:

... the requirement that an Indian hold a licence does not constitute a *prima facie* infringement of an aboriginal right. Licensing is a natural part of a centralized scheme to manage fisheries in order to ensure conservation and to achieve a proper allocation of the resource. It is a simple means of determining where and by whom fishing is done and it may provide data necessary to properly manage the resource. Licensing is reasonable and does not cause undue hardship. The licence is free, and available to all band members. It does not deny a

ministère que sur le nombre de personnes qui pêchent munies d'un permis. Troisièmement, le régime de délivrance de permis ne permet pas de déterminer l'ampleur de la récolte dans la pêcherie, puisqu'il ne précise pas le nombre de poissons pouvant être pris. En outre, plusieurs autres moyens que la délivrance de permis pourraient être utilisés pour assurer la diffusion aux pêcheurs de renseignements sur la pêcherie (p. ex. des annonces dans les journaux). Bref, le régime de délivrance de permis n'a pu être justifié par le fait qu'il était nécessaire soit pour recueillir de l'information, soit pour en communiquer.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 245

Le juge Macfarlane (aux motifs duquel le juge Taggart a souscrit)

Le juge Macfarlane de la Cour d'appel a d'abord signalé que l'appellant ne revendiquait pas simplement un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance, mais plutôt un droit ancestral d'autoréglementation en ce qui concerne la pêche au saumon. De l'avis du juge, l'existence de ce droit d'autoréglementation serait incompatible avec l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où il a été reconnu que la Couronne pouvait réglementer des droits ancestraux. En outre, dans *Sparrow*, il a été décidé que les mesures de réglementation d'un droit ancestral ne constituent pas toutes à première vue une atteinte à ce droit. La réglementation doit imposer une restriction déraisonnable ou être indûment rigoureuse pour porter atteinte à un tel droit. Voici ce qu'a conclu le juge Macfarlane à cet égard, à la p. 257:

[TRADUCTION]... l'obligation faite aux Indiens de détenir un permis ne constitue pas à première vue une atteinte à un droit ancestral. La délivrance de permis est un élément naturel d'un régime centralisé de gestion des pêcheries visant à assurer la conservation de la ressource et à la répartir adéquatement. Il s'agit d'un moyen simple de déterminer où la pêche est pratiquée et par qui, et d'un moyen susceptible de fournir des données nécessaires à la gestion judicieuse de la ressource. La délivrance de permis est une mesure raisonnable, qui n'est pas indûment rigoureuse. Le permis est gratuit et tous les membres de la bande peuvent en obtenir un.

right to fish; it is a small part of the regulation of fishing.

Macfarlane J. A. then considered whether the actual terms of the licence constituted a *prima facie* infringement of the aboriginal right. Although the licence limited fishing activities, Macfarlane J.A. could not characterize these limitations as unreasonable or unduly harsh. Had the appellant obtained a licence, he could have done exactly what he was doing when charged. In the circumstances, there was no *prima facie* infringement.

Macfarlane J.A. then rejected the appellant's argument that the band's by-law afforded him a defence. He found that the by-law had no application outside of the reserve and that the river was outside of the reserve. The appellant could not rely on the principle of *ad medium filum aquae* since in Macfarlane J.A.'s view, the Crown never intended to include the bed of the Bulkley River in the reserve allotted to the Moricetown Band. He found this was demonstrated by the acreage of the allotment and by the firm and consistent rejection by the province and Canada of native claims to foreshore rights.

Finally, the creation of the Moricetown Reserve did not involve a conveyance of land, nor did it result in title's being vested in the band. Therefore, a common law property concept which depends on ownership, such as *ad medium filum aquae*, has no relevance with respect to reserves.

Wallace J.A. (concurring in the result)

In Wallace J.A.'s view, the imposition of a licensing requirement is not, *per se*, an infringement of aboriginal fishing rights. The federal government has the constitutional power to regulate fisheries, and the elders of the Moricetown Band do not have an aboriginal right to excuse band members from complying with federal laws and

La délivrance de permis ne nie pas le droit de pêcher; elle n'est qu'une petite partie de la réglementation de la pêche.

Le juge Macfarlane s'est ensuite demandé si les conditions mêmes du permis constituaient à première vue une atteinte au droit ancestral. Même si le permis limitait les activités de pêche, le juge Macfarlane n'a pu qualifier ces restrictions de déraisonnables ou d'indûment rigoureuses. Si l'appelant s'était procuré un permis, il aurait pu faire exactement ce qu'il faisait au moment de l'infraction. Dans ces circonstances, il n'y avait à première vue aucune atteinte.

Le juge Macfarlane a ensuite écarté l'argument de l'appelant que le règlement administratif de la bande offrait à ce dernier un moyen de défense. Il a conclu que le règlement administratif ne s'appliquait pas à l'extérieur de la réserve et que la rivière se trouvait à l'extérieur de celle-ci. L'appelant ne pouvait invoquer le principe *ad medium filum aquae* (jusqu'au milieu du cours d'eau) puisque, de l'avis du juge Macfarlane, la Couronne n'avait jamais eu l'intention d'inclure le lit de la rivière Bulkley dans la réserve attribuée à la bande de Moricetown. Il a conclu que ce fait était établi par la superficie accordée et par le refus constant et catégorique opposé par la province et le Canada aux revendications des autochtones relativement aux droits sur l'estran.

Enfin, la création de la réserve de Moricetown n'a donné lieu ni à une cession de terres, ni à la dévolution d'un titre à la bande. Par conséquent, un concept du droit des biens en common law tel le principe *ad medium filum aquae*, qui dépend du droit de propriété, n'a aucune pertinence en ce qui concerne les réserves.

Le juge Wallace (qui a souscrit au résultat)

De l'avis du juge Wallace, l'imposition de l'obligation de détenir un permis n'est pas en soi une atteinte aux droits de pêche ancestraux. La Constitution autorise le gouvernement fédéral à réglementer les pêcheries, et les anciens de la bande de Moricetown ne possèdent pas de droit ancestral leur permettant de dispenser les membres

14

15

16

17

regulations respecting fisheries. Wallace J.A. stated that he found himself in agreement with Macfarlane J.A.'s conclusion that licensing *per se* did not constitute *a. prima facie* infringement of the right to fish for food, nor did the conditions of this particular licence.

- 18 Wallace J.A. then went on to reject the application of the *ad medium filum aquae* principle on the basis that the Bulkley River is navigable and that the principle has no application to navigable rivers. He found that the proper test for the navigability of a river requires a consideration of the river in its entirety.

Lambert J.A. (dissenting)

- 19 Lambert J.A. began his reasons by dealing with the band's by-law. He found that the Bulkley River was not within the geographic boundaries of the Moricetown Reserve, was therefore not "on the reserve", and *ad medium filum aquae* could not be used to extend the reserve boundaries to include the river. As a result, a defence based on the application of the band's by-law could not succeed.

- 20 He did, however, state that while the river was not within the reserve, the Moricetown Band nevertheless has an aboriginal title to the exclusive possession, use and enjoyment of the reserve land and to the Bulkley River fishery. Lambert J.A., relying on his reasons in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), found that the band had the right of self-government and self-regulation in relation to this fishery, but that this was an internal right and did not extend beyond the bounds of the reserve.

- 21 Lambert J.A. then considered whether the food fishing licensing requirement infringed the appellant's aboriginal right, and if so, whether it could

de la bande de se conformer aux lois et règlements du gouvernement fédéral concernant les pêches. Le juge Wallace a déclaré qu'il était d'accord avec la conclusion du juge Macfarlane que la délivrance de permis ne constituait pas en soi une atteinte à première vue au droit de pêcher à des fins de subsistance, pas plus que ne l'étaient les conditions dont était assorti le permis en cause.

Le juge Wallace a ensuite écarté l'application du principe *ad medium filum aquae* pour le motif que la rivière Bulkley est une rivière navigable et que ce principe ne s'applique pas à de telles rivières. Il a conclu que, en vertu du critère applicable pour déterminer la navigabilité d'une rivière, il faut considérer celle-ci dans son ensemble.

Le juge Lambert (dissident)

Dans ses motifs, le juge Lambert a d'abord analysé le règlement administratif de la bande. Il a conclu que la rivière Bulkley ne se trouvait pas dans les limites géographiques de la réserve de Moricetown, qu'elle ne se trouvait donc pas «*on the reserve*» et qu'on ne pouvait invoquer le principe *ad medium filum aquae* pour élargir les limites de la réserve de façon à inclure la rivière dans celle-ci. En conséquence, le moyen de défense fondé sur l'application du règlement administratif de la bande ne pouvait être accueilli.

Il a toutefois déclaré que, même si la rivière ne se trouvait pas à l'intérieur de la réserve, la bande de Moricetown avait néanmoins un titre ancestral lui conférant la possession, l'utilisation et la jouissance exclusives des terres de la réserve et de la pêche dans la rivière Bulkley. S'appuyant sur les motifs qu'il avait prononcés dans *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B), le juge Lambert a conclu que, à l'égard de cette pêche, la bande avait un droit fondé sur l'autonomie gouvernementale et l'auto-réglementation, mais qu'il s'agissait d'un droit interne, qui ne s'étendait pas au-delà des limites de la réserve.

Le juge Lambert s'est ensuite demandé si l'obligation d'obtenir un permis de pêche de subsistance portait atteinte au droit ancestral de l'accusé, et,

be justified pursuant to the *Sparrow* test. He observed that the appellant was asserting an aboriginal right to fish which was not dependent on holding a licence. He found that licensing was an external imposition on the right. In his view, it was a *prima facie* interference with the appellant's fishing rights to require as a precondition to the exercise of these rights that he fill out forms, answer questions, and wait until a licence was granted.

On the question of justification, Lambert J.A. recognized the importance of having a single, central organization to coordinate the conservation and management of fish resources. The scheme administered by such an organization might well require licensing to ensure reporting and to enforce catch limitations. However, in 1986 the federal government did not recognize aboriginal fishing rights other than that related to food. There was no recognition of the right to sell salmon nor of the rights of self-regulation and self-government. In that context, the licensing system as it operated in 1986 was not consistent with the true rights of the Moricetown Band. Regardless of the objectives of the scheme, the manner of putting it into effect and carrying it out without the cooperation of the Moricetown Band was contrary to the principles set out in *Sparrow*, *supra*. Lambert J.A. added that the requirement of holding a licence is not justified by conservation goals.

Hutcheon J.A. (dissenting)

Hutcheon J.A. observed that the conditions of the food fishing licences are not at issue in this case. The real issue is whether the requirement of a licence infringed the appellant's aboriginal right to fish. In Hutcheon J.A.'s view, it was implicit in *Sparrow* that a licensing requirement is not, *per se*, a violation of aboriginal fishing rights. *Sparrow* is, therefore, authority for the proposition that a licensing regime is within the legislative power of

dans l'affirmative, si cette atteinte pouvait être justifiée conformément au critère formulé dans l'arrêt *Sparrow*. Il a rappelé que l'appellant revendiquait un droit de pêche ancestral qui ne dépendait pas de l'obtention d'un permis. L'obtention d'un permis, a-t-il conclu, était une obligation imposée de l'extérieur en vue de l'exercice de ce droit. À son avis, le fait d'exiger de l'appellant, comme préalable à l'exercice de ses droits de pêche, qu'il remplisse des formulaires, réponde à des questions et attende qu'on lui délivre un permis constituait à première vue une atteinte à ces droits.

Relativement à la question de la justification, le juge Lambert a reconnu qu'il est important que les activités de conservation et de gestion des ressources halieutiques soient coordonnées par une organisation centrale unique. Le régime administré par une telle organisation pourrait fort bien exiger l'obtention de permis afin d'assurer la déclaration des prises et le respect des limites applicables à cet égard. Cependant, en 1986, le gouvernement fédéral n'a pas reconnu d'autres droits de pêche ancestraux que ceux liés à la pêche de subsistance. Il n'a reconnu ni le droit de vendre du saumon, ni les droits d'autoréglementation et d'autonomie gouvernementale. Dans ce contexte, le régime de délivrance de permis appliqué en 1986 n'était pas compatible avec les droits véritables de la bande de Moricetown. Indépendamment des objectifs du régime, la manière dont il était mis en œuvre et appliqué, sans la coopération de la bande de Moricetown, était contraire aux principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, précité. Le juge Lambert a ajouté que l'obligation de détenir un permis n'était pas justifiée par des objectifs de conservation.

Le juge Hutcheon (dissident)

Le juge Hutcheon a rappelé que les conditions prévues par les permis de pêche de subsistance ne sont pas en litige en l'espèce. La véritable question est de savoir si l'obligation de détenir un permis portait atteinte au droit de pêche ancestral de l'appellant. De l'avis du juge Hutcheon, il découlait implicitement de l'arrêt *Sparrow* que cette obligation ne viole pas en soi les droits de pêche ancestraux. L'arrêt *Sparrow* étaye donc la thèse que

the federal government and is not itself an infringement of the aboriginal right to fish.

- 24 On the issue of the band's fishing by-law, Hutcheon J.A. agreed with Millward J. that the *Indian Act* only authorizes fishing by-laws related to waterways within the geographic boundaries of a reserve. Thus, the question is whether the Bulkley River is within the Moricetown reserve. He held that in this case, the principle of *ad medium filum aquae* created a presumption that the Bulkley River was within the reserve because it is non-tidal and non-navigable. This presumption was not rebutted, and the appellant could rely on the by-law as a defence.

Analysis

- 25 In order to determine whether the band by-law applies to the Bulkley River, it will be necessary to consider and resolve a number of questions. At the outset it must be emphasized that a consideration of the by-law raises the question of whether an exclusive right to fish in the Bulkley River at Moricetown was granted to the band. This is very different and distinct from the aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes which is given constitutional recognition and protection by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Obviously if an exclusive right to fish was granted to the band, the by-law would be valid and applicable to the Bulkley River in its passage through the reserve.

- 26 At the outset I would confirm that I have read and relied upon some of the historical documents filed by the intervener Canadian National Railway Company. The appellant objected to any use being made of these documents. I cannot accept that position. First, all parties have had an opportunity to review the documents and make submissions pertaining to them. Further these are all documents of a historical nature that can be found in the public archives. They are available for use by all mem-

l'établissement d'un régime de permis relève du pouvoir de légiférer du gouvernement fédéral et ne constitue pas en soi une atteinte au droit de pêche ancestral.

Quant au règlement administratif de pêche de la bande, le juge Hutcheon a dit être d'accord avec le juge Millward que la *Loi sur les Indiens* autorise seulement la prise de règlements administratifs de pêche visant les eaux qui se trouvent à l'intérieur des limites géographiques des réserves. Ainsi, la question est de savoir si la rivière Bulkley se trouve à l'intérieur de la réserve de Moricetown. Il a conclu que, en l'espèce, le principe *ad medium filum aquae* faisait naître la présomption que la rivière Bulkley se trouve à l'intérieur de la réserve, puisqu'elle est un cours d'eau sans marée et non navigable. Cette présomption n'ayant pas été réfutée, l'appellant pouvait invoquer le règlement administratif comme moyen de défense.

Analyse

Pour déterminer si le règlement administratif de la bande s'applique à la rivière Bulkley, il sera nécessaire d'examiner et de trancher un certain nombre de questions. D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'examen du règlement administratif soulève la question de savoir si un droit exclusif de pêcher dans la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown, a été accordé à la bande. Il s'agit d'un droit très différent du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, qui est constitutionnellement reconnu et protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il va de soi que si un droit de pêche exclusif avait été accordé à la bande, le règlement administratif serait valide et s'appliquerait à la rivière Bulkley, à l'endroit où elle traverse la réserve.

Avant tout, je tiens à confirmer que j'ai lu certains des documents historiques déposés par l'intervenante, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, et que je me suis fondé sur eux. L'appellant s'est opposé à toute utilisation de ces documents. Je ne peux accepter cette position. D'une part, toutes les parties ont eu l'occasion d'examiner ces documents et de présenter des observations à leur égard. D'autre part, comme ce sont tous des documents de nature historique figu-

bers of the public. Lamer J. (as he than was) spoke of such documents in clear and convincing tones in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025. He wrote at p. 1050:

I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervener or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge.

Did the Crown Intend to Include the Fishery in the Allotment of Moricetown Indian Reserve No J to the Wet'suwet'en Band?

The General Policy of the Crown

In this case much has been said as to the general practice of the Crown in allocating reserves to native peoples. Evidence as to a general practice may be particularly helpful in determining the scope or extent of native rights. The relevant evidence is sometimes lost and that which remains must be carefully placed in context so that its true significance is neither distorted nor lost.

The historical evidence as to the standard practice of the Crown can be conveniently divided into pre- and post-Confederation periods. This evidence, taken from documents in the public archives, demonstrates that in both periods there was a clear and specific Crown policy of refusing to grant, in perpetuity, exclusive rights to fishing grounds. The Crown would, however, grant exclusive licences or leases over particular areas for a fixed period of time. Obviously this practice was far from an absolute assignment of a fishery right.

Pre-Confederation

There are numerous examples of statements by the Crown, both in British Columbia and in the

rant dans les archives publiques, toute personne peut les consulter. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, le juge Lamer (maintenant juge en chef) s'est exprimé en termes clairs et convaincants au sujet des documents de cette nature. À la page 1050, il a écrit ceci:

Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire.

La Couronne avait-elle l'intention d'inclure la pêche dans la réserve indienne n° 1 de Moricetown lorsqu'elle a attribué celle-ci à la bande Wet'suwet'en?

La politique générale de la Couronne

Dans la présente affaire, la pratique générale de la Couronne en ce qui concerne l'attribution des réserves aux peuples autochtones a été discutée en long et en large. La preuve concernant cette pratique peut s'avérer particulièrement utile pour apprécier la portée ou l'étendue des droits des autochtones. La preuve directement pertinente est parfois perdue, auquel cas celle qui reste doit être prudemment mise en contexte afin que son sens véritable ne soit ni dénaturé, ni perdu.

Il est commode de scinder la preuve historique relative à la pratique ordinaire de la Couronne en deux périodes: la période préconfédérative et la période postconfédérative. Cette preuve, tirée de documents figurant dans les archives publiques, démontre qu'au cours de ces deux périodes la Couronne a toujours eu pour politique claire et précise de refuser d'accorder à perpétuité des droits exclusifs sur des secteurs de pêche. Cependant, elle accordait, à l'égard de secteurs donnés, des licences ou des baux exclusifs pour des périodes déterminées. Il va de soi que cette pratique était loin de constituer une cession à titre absolu d'un droit sur une pêche.

Période préconfédérative

Il existe de nombreux cas où, tant en Colombie-Britannique que dans la province du Canada, la

27

28

29

Province of Canada, that the firm policy of the Crown was to treat Indians in the same manner as non-Indians with respect to the allocation of fishing grounds for commercial use. There are also clear statements that this policy involved a rejection of claims to exclusive use or control of any public waters for the purposes of fishing. An example is the statement of Governor Douglas, made in 1860 during a major address concerning the Indians on the mainland of British Columbia. He stated:

I also explained to them that the magistrates had instructions to stake out, and reserve for their use and benefit, all their occupied village sites and cultivated fields and as much land in the vicinity of each as they could till, or was required for their support; and that they might freely exercise and enjoy the rights of fishing the lakes and rivers, and of hunting over all unoccupied Crown lands in the colony; and that on their becoming registered free miners they might dig and search for gold, and hold mining claims on the same terms precisely as other miners: in short, I strove to make them conscious that they were recognized members of the commonwealth.... [Emphasis by underlining added.]

(Dispatch of Governor Douglas to the Secretary of State for the Colonies, cited in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97, at p. 255. (Italics added by McEachern C.J.))

30 An even earlier example of the same concept is expressed in a letter dated April 16, 1845 from W. H. Draper, Attorney General, Province of Canada to J. M. Higginson, Superintendent General of Indian Affairs, Province of Canada. The Attorney General wrote:

Sh-

in reply to your reference of the 10th February last calling for my opinion whether a fishery in the waters of Lake Huron around and adjacent to certain islands which are within the British territory, but have not been formally ceded to the Crown by the Indians, is to be considered the property of the Crown or of these

Couronne a déclaré qu'elle avait pour politique bien arrêtée de traiter de la même manière les Indiens et les non-Indiens en ce qui concerne l'attribution de secteurs de pêche à des fins commerciales. On trouve également des déclarations indiquant clairement que cette politique impliquait le rejet des revendications visant l'exclusivité de l'utilisation ou du contrôle de toute étendue d'eaux publiques à des fins de pêche. Les propos suivants, tenus par le gouverneur Douglas, en 1860, au cours d'une importante allocution concernant les Indiens de la partie continentale de la Colombie-Britannique, sont un exemple d'une telle déclaration:

[TRADUCTION] *Je leur ai aussi expliqué que les magistrats avaient reçu comme instructions de jalonner et de réserver à l'usage et au profit des Indiens tous les villages qu'ils habitaient et les champs qu'ils cultivaient, ainsi que toutes les terres qu'ils étaient en mesure de cultiver ou qui étaient nécessaires pour assurer leur subsistance; je les ai aussi informés qu'ils pouvaient exercer librement leur droit de pêcher dans les lacs et les rivières, et celui de chasser dans toutes les terres inoccupées de la Couronne dans la colonie; et qu'ils pouvaient, une fois devenus mineurs autorisés inscrits, prospecter pour chercher de l'or et détenir des claims miniers exactement aux mêmes conditions que les autres mineurs. Bref, je me suis efforcé de leur faire prendre conscience du fait qu'ils étaient reconnus comme des membres du commonwealth... [Je souligne.]*

(Dépêche du gouverneur Douglas au Secrétaire d'État aux colonies, citée dans *Delgamuukw c. British Columbia*, [1991] 3 W.W.R. 97, à la p. 255. (Italiques ajoutés par le juge en chef McEachern.))

On trouve une expression encore plus ancienne du même concept dans une lettre datée du 16 avril 1845, que W. H. Draper, procureur général de la province du Canada, a transmise à J. M. Higginson, surintendant général des Affaires indiennes, province du Canada. Le procureur général a écrit ceci:

[TRADUCTION] Monsieur,

En réponse à votre envoi du 10 février dernier, dans lequel vous me demandiez si une pêcherie se trouvant dans les eaux du lac Huron et adjacente à certaines îles faisant partie du territoire britannique, mais qui n'ont pas été officiellement cédées à la Couronne par les Indiens, doit être considérée comme appartenant à la

Indians, I have the honor to report my opinion, that the right to fish in public navigable waters in Her Majesty's dominions is a common public right — not a regal franchise — and I do not understand any claim the Indians can have to its exclusive enjoyment. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 612, p. 215.)

These two passages indicate that the intention and policy of the Crown was to guarantee full public access to the fisheries, and to reject any exclusive claims[^] to fishing grounds. The policy permitted the Indians to exercise their right to fish but did not accord them any special status.

In England, it has been accepted that since the *Magna Carta*, the Crown has no power apart from statute to grant a several or exclusive fishery to anyone. See Gérard V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), at p. 196. Thus in refusing to grant an exclusive fishery to the Indians, the federal government was following historical precedent.

An examination of the early Fisheries Acts of the Province of Canada and the first *Fisheries Act* of the new Dominion, the *Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60, confirms this same policy of exercising only limited powers. The Act gave the government the right to grant exclusive leases and licences to fishing grounds, but there was no provision in the Act for the permanent alienation of fishing rights to private parties.

This pre-Confederation policy is also set out in the 1866 opinion of James Cockburn, Solicitor General of the Province of Canada. He stated:

With reference... to the claim of the Indians to exclusive fishing rights, my opinion is that they have no other or larger rights over the public waters of this Province than those which belong at Common Law to Her Majesty's subjects in general.

Couronne ou aux Indiens. J'ai le plaisir de vous informer que, à mon avis, le droit de pêche dans les eaux publiques navigables dans les dominions de Sa Majesté est un droit public général et non une franchise royale, et je ne vois pas comment les Indiens peuvent en revendiquer la jouissance exclusive. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 612, p. 215.)

Ces deux passages indiquent que l'intention et la politique de la Couronne étaient d'assurer à la population le libre accès aux pêcheries et de rejeter toute revendication de l'exclusivité des secteurs de pêche. Cette politique permettait aux Indiens d'exercer leur droit de pêche, mais elle ne leur accordait aucun statut particulier.

En Angleterre, il est admis que, depuis la *Magna Carta*, la Couronne n'a pas le pouvoir, sauf celui prévu par un texte de loi, d'accorder à quiconque une pêcherie individuelle ou exclusive. Voir Gérard V. La Forest, *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces* (1973), à la p. 196. Par conséquent, en refusant d'accorder aux Indiens une pêcherie exclusive, le gouvernement fédéral suivait un précédent historique.

La lecture des premières lois sur les pêcheries de la province du Canada et de la première loi en la matière du nouveau dominion, *Y Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60, confirme cette politique qui consistait à n'exercer que des pouvoirs limités. L'Acte habilitait le gouvernement à accorder des licences et des baux exclusifs visant des secteurs de pêche, mais aucune de ses dispositions ne pourvoyait à l'aliénation permanente de droits de pêche à des intérêts privés.

Cette politique préconfédérative est également exposée dans l'avis donné en 1866 par James Cockburn, solliciteur général de la province du Canada:

[TRADUCTION] En ce qui concerne ... la revendication par les Indiens de droits de pêche exclusifs, je suis d'avis qu'ils n'ont, sur les eaux publiques de la province, ni droits supplémentaires ni droits plus étendus que ceux qui appartiennent en common law aux sujets de Sa Majesté en général.

31

32

33

34

... I should say that without an Act of Parliament ratifying such reservation, no exclusive right could thereby be gained by the Indians, as the Crown could not by any Treaty or act of its own (previous to the recent Statute) grant an exclusive privilege in favour of Individuals over public rights, such as this, in respect of which the Crown only holds as trustee for the general public.

(Memorandum *w re* 23 January, 1866 memorandum of W. F. Whitcher (Head of Fisheries Branch, Department of Crown Lands, Province of Canada), 8 March, 1866 in File No. 4/1866, Department of Justice, Ottawa, Ontario.)

Post-Confederation

35

The policy of refusing to grant exclusive fisheries was maintained in the post-Confederation period. It is clear that the same understanding of the policy which existed in the Provinces of Canada and British Columbia before Confederation continued subsequently. For example, on December 17, 1875, W. F. Whitcher, Dominion Commissioner of Fisheries, sent a Department of Marine and Fisheries Circular to Fishery Overseers which stated, in part that:

Certain circumstances ... render it desirable to direct your attention to the exact legal status of Indians in respect of the Fishery Laws.

Fisheries in all the public navigable waters of Canada belong *prima facie* to the public, and are administered by the Crown under Act of Parliament. Indians enjoy no special liberty as regards either the places, times, or methods of fishing. They are entitled only to the same freedom as whitemen, and are subject to precisely the same laws and regulations.

There seems to be an impression in some quarters, that exclusive control of fishings in connection with Indian properties belongs to the resident Indians, and that they are at liberty to remove the fishing gear of

... je tiens à préciser que, sans une loi fédérale ratifiant une telle réservation de droits, aucun droit exclusif ne pouvait être acquis ainsi par les Indiens, car la Couronne ne pouvait, que ce soit par traité ou de son propre chef (avant l'adoption de la récente loi) accorder à des individus un privilège exclusif sur des droits publics, comme celui dont il est question en l'espèce, qu'elle ne détient qu'à titre de fiduciaire pour le grand public.

(Note de service concernant celle datée du 23 janvier 1866 émanant de W. F. Whitcher (chef de la direction des pêcheries, ministère des Terres de la Couronne, province du Canada), 8 mars 1866, dossier n° 4/1866, ministère de la Justice, Ottawa (Ontario).)

Période postconfédérative

La politique de refus d'accorder des pêcheries exclusives a continué d'être appliquée au cours de la période postconfédérative. Il est manifeste que la conception que Ton avait de la politique en vigueur dans la province du Canada et celle de la Colombie-Britannique avant la Confédération est demeurée la même par la suite. Ainsi, le 17 décembre 1875, W. F. Whitcher, commissaire fédéral des pêcheries, a fait parvenir aux superviseurs des pêcheries une circulaire du ministère de la Marine et des Pêcheries, dans laquelle on pouvait lire notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] En raison de certaines circonstances [...] il est souhaitable d'attirer votre attention sur le statut juridique exact des Indiens à l'égard des lois sur les pêcheries.

Les pêcheries dans toutes les eaux publiques navigables au Canada appartiennent, jusqu'à preuve du contraire, au public, et elles sont administrées par la Couronne en vertu d'une loi fédérale [...] Les Indiens ne bénéficient d'aucune liberté spéciale quant aux lieux où ils peuvent pêcher, aux périodes au cours desquelles ils peuvent le faire et aux méthodes qu'ils peuvent utiliser. Ils jouissent uniquement des mêmes libertés que les Blancs et ils sont assujettis exactement aux mêmes lois et règlements.

Dans certains milieux, on semble avoir l'impression que, pour ce qui concerne les biens-fonds des Indiens, le contrôle des pêcheries appartient exclusivement aux Indiens qui habitent ces biens-fonds, et que ces derniers

Whitemen who resort to these fisheries under leases or licences granted by the Crown.

This impression is alike erroneous, mischievous and unfortunate. No such exceptional power exists ____

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 1972, File No. 5530.)

It should be noted that this circular properly refers to the "administration", that is to say, the regulation by the Government of Canada of fisheries in navigable waters. The Bulkley River is a navigable waterway both above and below the Moricetown Reserve and, for the reasons which appear later, is therefore to be considered navigable at the Reserve.

The letter of W. F. Whitcher, Dominion Commissioner of Fisheries to E. A. Meredith, Deputy Minister of the Interior, of January 20, 1876, indicates that the situation in British Columbia was very much a concern of Federal officials. He wrote:

Having submitted to the Minister the text of the correspondence which has taken place on the subject of fishing rights claimed by Indians... I am desired by him to acknowledge the prompt attention bestowed on this matter by the Department of the Interior, and the satisfactory settlement effected. This difficulty, thus fortunately concluded, was such as might at any moment have become extremely troublesome. It was more necessary therefore to deal with it decisively at its present stage, rather than to delay until its existence should produce further misapprehensions affecting these public properties, particularly in the younger provinces of the Dominion, inhabited largely by Indians and half-breeds, where the Government may be soon called upon to apply the fishery laws.

... it is believed that the cordial co-operation of the Departments in respect of the fishing privileges which exist in the vicinity of Indian Reserves, and the occupation of fishing stations connected therewith, under a uniform system of licence, will ensure to the Indians free and exclusive use of fishery grounds ample for their necessities ____ [Emphasis added.]

sont libres d'enlever les engins de pêche des Blancs qui utilisent ces pêcheries en vertu de baux ou licences accordés par la Couronne.

Cette impression est à la fois erronée, malveillante et malheureuse. Un tel pouvoir extraordinaire n'existe pas...

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 1972, n° de dossier 5530.)

Il y a lieu de signaler que cette circulaire parle à juste titre de l'«administration» des pêcheries, en d'autres termes de la réglementation par le gouvernement canadien des pêcheries dans les eaux navigables. La rivière Bulkley est une voie navigable en amont et en aval de la réserve de Moricetown et, pour les motifs prononcés plus loin, elle doit donc être considérée comme étant navigable à la hauteur de la réserve.

La lettre adressée par W. F. Whitcher, commissaire fédéral des pêcheries, à E. A. Meredith, sous-ministre de l'Intérieur, le 20 janvier 1876, indique que la situation en Colombie-Britannique préoccupait grandement les représentants fédéraux. Il a écrit ceci:

[TRADUCTION] Le ministre a pris connaissance de la correspondance concernant les droits de pêche revendiqués par les Indiens [...] et me prie de vous faire part de la diligence accordée à cette question par le ministère de l'Intérieur, ainsi que du règlement satisfaisant qui a été conclu. Ce problème, heureusement réglé, aurait pu devenir extrêmement embarrassant. Il était plus que nécessaire de le régler d'une façon décisive dès maintenant, plutôt que d'attendre qu'il engendre d'autres malentendus au sujet de ces biens publics, notamment dans les nouvelles provinces du Dominion, qui sont habitées surtout par des Indiens et des Métis et où le gouvernement pourrait bien devoir appliquer sous peu les lois régissant les pêcheries.

... on estime qu'une coopération cordiale entre les ministères relativement aux privileges de pêche à proximité des réserves indiennes, ainsi que l'occupation des postes de pêche reliés à l'exercice de ces privilèges, le tout dans le cadre d'un régime uniforme de délivrance de licences, assureront aux Indiens l'usage libre et exclusif des pêcheries, et permettront de répondre amplement à leurs besoins ... [Je souligne.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 1972, File No. 5530.)

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 1972, n° de dossier 5530.)

37 The younger provinces of the Dominion referred to were obviously the provinces of British Columbia, Manitoba, and Prince Edward Island, to which the *Fisheries Act* would be extended only a few months later: *An Act respecting the extension and application of "The Fisheries Act," to and in the Provinces of British Columbia, Prince Edward Island and Manitoba*, S.C. 1874, c. 28. Accordingly, when Reserve Commissioners were appointed a few months later with the mandate to allocate reserves in British Columbia, they were certainly not either specifically authorized or by inference empowered to grant exclusive rights in the fishery.

The Mandate of the Reserve Commissioners

38 The appellant contended that the Reserve Commissioners, as representatives of the Crown, were given the authority to bind the Crown, and to assign fishing rights irrevocably and absolutely. This position is contrary to both the general policy statements made by the Crown and the specific instructions provided to Commissioners. In a letter from D. C. Scott, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, to D. H. MacDowall, Commissioner, Royal Commission on Indian Affairs for the Province of British Columbia, dated May 2, 1916, it was stated:

... I do not think that former Commissioners could grant special fishing privileges as distinct from fishing stations and reserves. The Department has no record of confirmation of such by the Department of Marine and Fisheries.

... I cannot find that Mr. O'Reilly had power to grant any fishing privileges whatever.

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3822, File No. 59335-1.)

Les nouvelles provinces du Dominion dont il est question sont de toute évidence la Colombie-Britannique, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard, auxquelles serait élargie l'application de *l'Acte des Pêcheries* quelques mois plus tard à peine: *Acte concernant l'extension et l'application de «l'Acte des Pêcheries» aux provinces de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Manitoba*, S.C. 1874, ch. 28. Par conséquent, lorsque des commissaires des réserves ont, quelques mois plus tard, été nommés et chargés d'attribuer des réserves en Colombie-Britannique, ils n'étaient certainement pas autorisés, ni explicitement ni implicitement, à accorder des droits exclusifs sur les pêcheries.

Le mandat des commissaires des réserves

L'appellant a fait valoir que, en tant que représentants de la Couronne, les commissaires des réserves étaient habilités à lier celle-ci et à céder des droits de pêche de manière irrévocable et absolue. Cette thèse est contraire tant aux énoncés de politique générale de la Couronne qu'aux instructions précises données aux commissaires. Dans une lettre datée du 2 mai 1916 et transmise à D. H. MacDowall, commissaire, Commission royale sur les Affaires indiennes pour la province de la Colombie-Britannique, D. C. Scott, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, a écrit ceci:

[TRADUCTION]... je ne crois pas que les anciens commissaires pouvaient accorder des privilèges de pêche particuliers outre ceux relatifs aux postes de pêche et aux réserves. Le ministère n'a dans ses dossiers aucune confirmation de l'attribution de tels privilèges par le ministère de la Marine et des Pêcheries.

... il est impossible de conclure que M. O'Reilly avait le pouvoir d'accorder quelque privilège de pêche que ce soit.

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3822, n° de dossier 59335-1.)

Earlier statements confirm this view. For example, in 1890, Robert Sedgewick, Deputy Minister of Justice stated:

I have examined all the papers in connection with the matter. The Indian Reserve Commissioner appears to have power to mark out reserves, but it does not appear that the Governor in Council, or any other authority ever gave or purported to give him authority to deal with the right of fishery.

I have therefore to state that the Indian Reserve Commissioner has not the power to set apart for the exclusive use of the Indians any of the waters of British Columbia.

(R. Sedgewick, Deputy Minister of Justice, to John Tilton, Deputy Minister of Fisheries, August 15, 1890 in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3828, File No. 60926.)

And in 1897, J. D. McLean, Secretary, Department of Indian Affairs, stated:

As to fishing rights in British Columbia it should be stated that under the arrangement come to with the Government of that Province in 1876, by which reserves were to be set aside for the Indians, no special mention was made of fishing privileges; but the Reserve Commissioner has from time to time allotted Indians certain fisheries, and the Department of Marine & Fisheries has been advised of these, and asked to confirm them; but, so far as the correspondence shows, that Department has not confirmed them, and has objected to exclusive fishing privileges being granted to Indians as against white people.

(Memorandum, November 26, 1897, in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3909, File No. 107297-3.)

It was argued by the appellant that these statements only represent the view of the Department of Marine and Fisheries. It was the appellant's position that the Department of Indian Affairs intended to grant exclusive fisheries to the Indians, but that this was overridden by the Department of Marine and Fisheries in what amounted to an inter-

Des déclarations antérieures confirment cette opinion. Par exemple, en 1890, Robert Sedgewick, sous-ministre de la Justice, avait affirmé ceci:

[TRADUCTION] J'ai examiné tous les documents se rapportant à cette question. Le commissaire des réserves indiennes paraît avoir le pouvoir de jalonner des réserves, mais il ne semble pas que le gouverneur en conseil ou quelque autre autorité ait, à quelque moment que ce soit, investi ou voulu investir le commissaire du pouvoir de traiter du droit aux pêcheries.

Je dois donc affirmer que le commissaire des réserves indiennes n'a pas le pouvoir de mettre de côté, pour l'usage exclusif des Indiens, quelque étendue d'eau de la Colombie-Britannique.

(R. Sedgewick, sous-ministre de la Justice, à John Tilton, sous-ministre des Pêcheries, 15 août 1890, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3828, n° de dossier 60926.)

En outre, en 1897, J. D. McLean, Secrétaire, ministère des Affaires indiennes, a dit ceci:

[TRADUCTION] Quant aux droits de pêche en Colombie-Britannique, il y a lieu de souligner que, dans l'entente conclue avec le gouvernement de cette province en 1876 et en vertu de laquelle des réserves devaient être mises de côté pour les Indiens, il n'est fait aucune mention particulière des privilèges de pêche. Cependant, le commissaire des réserves a, à l'occasion, attribué certaines pêcheries aux Indiens; le ministère de la Marine et des Pêcheries a été informé de ces attributions et prié de les confirmer. Or, d'après ce qui ressort de la correspondance, il ne les a pas confirmées et s'est opposé à ce que des privilèges exclusifs de pêche soient accordés aux Indiens et non aux Blancs.

(Note de service datée du 26 novembre 1897, Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3909, n° de dossier 107297-3.)

L'appelant a soutenu que ces déclarations représentaient uniquement le point de vue du ministère de la Marine et des Pêcheries. Il a plaidé que le ministère des Affaires indiennes entendait accorder des pêcheries exclusives aux Indiens, mais que le ministère de la Marine et des Pêcheries avait fait obstacle à cette volonté, dans le cadre de ce qui

departmental dispute as to jurisdiction. This position, however, is not supported by the evidence.

41 The evidence does indicate that efforts were made by the Department of Indian Affairs to protect traditional Indian fishing grounds from being leased exclusively to non-native fishers. This is far different from assigning exclusive title to those fishing grounds to the Indians. The difference between these positions was consistently acknowledged by the Department of Indian Affairs.

42 This policy is reflected in a letter from Frank Pedley, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, to the Indian Commissioner for Manitoba and the North West Territories, dated February 8, 1906:

The Department has come to the conclusion that generally speaking, and unless under very exceptional circumstances the proper policy to pursue will be to let the Indians stand on the same footing as the settlers in so far as concerns the use of the waters, and to confine its efforts to endeavouring, where considered necessary, to secure stations on land to afford access to the waters, a system which it may be remarked appears to work well in the Province of British Columbia, and to resist efforts should any be made to compel the Indians to pay fees for licences to fish for domestic as distinguished from commercial purposes. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 6972, File No. 774/20-2 Part 1.)

43 The claim of the Indians to exclusive fishing grounds had been made on numerous occasions but had been consistently rejected. This was expressed in the letter of opinion of the Solicitor General of the Province of Canada in 1866, referred to earlier. In a letter dated April 5, 1898 from E. E. Prince, Dominion Commissioner of Fisheries, to the Minister of Marine and Fisheries, the Commissioner referred to this opinion as settling the issue of native legal claims to exclusive fisheries throughout the country. He specifically stated:

constituait un conflit de compétences entre ministères. La preuve n'étaye toutefois pas cette thèse.

Cependant, la preuve indique que le ministère des Affaires indiennes a effectivement déployé des efforts pour protéger les secteurs de pêche traditionnels des Indiens, afin qu'ils ne soient pas loués exclusivement à des pêcheurs non autochtones. Cela est bien différent de la cession aux Indiens du titre exclusif sur ces secteurs de pêche. La différence entre ces positions a constamment été admise par le ministère des Affaires indiennes.

Cette politique ressort d'une lettre datée du 8 février 1906, transmise par le surintendant général adjoint des Affaires indiennes, Frank Pedley, au commissaire des Affaires indiennes pour le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest:

[TRADUCTION] Le ministère est arrivé à la conclusion que, de façon générale, sauf circonstances très exceptionnelles, la politique qu'il convient de suivre est de traiter les Indiens de la même façon que les colons en ce qui concerne l'utilisation des eaux, et que le ministère devrait uniquement s'efforcer, lorsque la chose est jugée nécessaire, d'établir des postes visant à permettre l'accès à ces eaux, système qui, peut-on le signaler, paraît bien fonctionner en Colombie-Britannique, en plus de résister à toute démarche qui pourrait être tentée en vue de contraindre les Indiens à payer des droits pour obtenir des permis de pêche à des fins familiales par opposition à commerciales. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 6972, n° de dossier 774/20-2, partie 1.)

Les Indiens avaient, à de nombreuses occasions, revendiqué des secteurs de pêche exclusifs, mais leurs revendications avaient constamment été rejetées. Ce point de vue avait été exprimé dans la lettre faisant état de l'avis donné en 1866 par le solliciteur général de la province du Canada et qui a été mentionnée précédemment. Dans une lettre datée du 5 avril 1898 et adressée au ministre de la Marine et des Pêcheries, le commissaire fédéral des pêcheries, E. E. Prince, a renvoyé à cet avis, affirmant qu'il tranchait la question des revendications, en droit, par les autochtones, de pêcheries exclusives partout au pays. Il a explicitement déclaré:

With respect to the alleged differences between this Department and the Department of Indian Affairs respecting the claims urged by the Indians to fishery privileges it is necessary to recall the circumstances that 15 or 16 years ago a number of communications passed between the two Departments, resulting in certain definite conclusions which appeared to finally decide and render unnecessary' in the future any new inquiry. This Department has consistently adhered to the conclusions referred to, in its policy regarding Indian fishing.

In order to make the matter clear, I quote from a report dated July 11th 1876 by the late Mr. Whitcher, Commissioner of Fisheries: -

After much inconvenience and many conflicting actions the disputed points were referred to the notice of the Law Officers of the Crown. Their decision, dated 8th March 1866 was adverse to the pretensions made on behalf of the Indians. A certified copy of said opinion was lodged with the Indian Bureau.

The position laid down by the Law Officers of the Crown has been consistently adhered to by this Department, and in a communication addressed to the Minister of the Interior on January 30th 1882, the Minister of Marine and Fisheries (Hon. A. W. McLelan) once more set forth clearly and definitely the matter, stating that this Department acts on the legal advice of the Law Officers of the Crown as recorded in the Department "which is in effect that fishing rights in public waters cannot be made exclusive except under the express sanction of Parliament, and that Indians are entitled to use the public fisheries only on the same conditions as whitemen, subject to the Fisheries Act and Fishery Regulations____" [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3909, File No. 107297-3.)

The Specific Allotment of the Moricetown Reserve

The Crown policy against the granting of exclusive fisheries to the Indians had been forcefully stated and often repeated. The band argued alternatively that it was misled into believing that it was, in fact, being given an exclusive fishery. However,

[IRADUCTION] En ce qui concerne les divergences de vue qui existeraient entre notre ministère et celui des Affaires indiennes relativement aux revendications par les Indiens de privilèges relatifs aux pêcheries, il faut rappeler qu'il y a 15 ou 16 ans de cela il y a eu entre les deux ministères échange de communications, ayant abouti à certaines conclusions bien précises qui ont paru régler la question une fois pour toute et rendre inutile toute autre enquête. Dans sa politique relative à la pêche par les Indiens, notre ministère a invariablement adhéré aux conclusions dont il est question.

Afin d'éclaircir la question, je cite un rapport daté du 11 juillet 1876 et émanant du regretté M. Whitcher, commissaire des pêcheries:

Après maints inconvénients et de nombreuses mesures contradictoires, les points en litige ont été soumis aux conseillers juridiques de la Couronne. Leur décision, datée du 8 mars 1866, est défavorable aux prétentions avancées pour le compte des Indiens. Une copie certifiée conforme de l'avis en question a été déposée auprès du Bureau des Indiens.

Notre ministère a constamment souscrit à la position formulée par les conseillers juridiques de la Couronne; dans une lettre adressée au ministre de l'Intérieur le 30 janvier 1882, le ministre de la Marine et des Pêcheries (l'honorable A. W. McLelan) a une fois de plus énoncé de façon claire et nette la question, déclarant que notre ministère se conforme à l'avis formulé par les conseillers juridiques de la Couronne qui a été déposé au ministère et «suivant lequel les droits de pêche dans les eaux publiques ne peuvent être rendus exclusifs qu'avec l'aval exprès du Parlement et que les Indiens n'ont le droit d'utiliser les pêcheries publiques qu'aux mêmes conditions que les Blancs et sous réserve de l'Acte des pêcheries et de son règlement d'application...» [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3909, n° de dossier 107297-3.)

L'attribution spécifique de la réserve de Moricetown

La politique de la Couronne interdisant l'attribution de pêcheries exclusives aux Indiens avait été affirmée de façon catégorique à maintes reprises. Subsidiairement, la bande a fait valoir qu'elle avait été amenée à croire qu'on lui accordait, dans les

when the facts surrounding this particular grant are considered in light of the expressed general policy, they clearly indicate an intention to allot only the land of the reserve and not the river.

The Directions to Commissioner O'Reilly

45 In terms of the instructions Commissioner O'Reilly received, his duties were expressed as:

... ascertaining accurately the requirements of the Indian Bands in that Province [British Columbia], to whom lands have not been assigned by the late Commission, and allotting suitable lands to them for tillage and grazing purposes. [Emphasis added.]

(Federal Order in Council of July 19, 1880. Canada. Privy Council. Order in Council No. 1334/1880 in National Archives of Canada, Record Group 2, Series 1.)

46 These instructions were later modified, but the principle that the ultimate decision as to the allocation of fishing grounds remained with the Department of Marine and Fisheries never changed. Thus, on December 20, 1881 the Superintendent General of Indian Affairs wrote to A. W. McLelan, Acting Minister of Marine and Fisheries and stated:

I have the honor to inform you that Judge O'Reilly having been last year appointed Commr. for allotting lands as Reserves in British Columbia for occupation by the Indian Bands and Tribes of that Province I considered it expedient and proper to instruct him, while engaged in assigning these lands, to mark off the fishing grounds which should be kept for the exclusive use of the Indians and he is following those instructions.

It is desirable that the fisheries recommended for allotment to the Indians be not otherwise disposed of without the consent of this Department being first obtained.

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

faits, une pêcherie exclusive. Toutefois, examinés à la lumière de la politique générale déclarée, les faits de cette attribution indiquent clairement que l'intention était d'accorder uniquement les terres de la réserve et non la rivière.

Les instructions données au commissaire O'Reilly

Suivant les instructions qu'a reçues le commissaire O'Reilly, voici quelles étaient ses fonctions:

[TRADUCTION]... déterminer avec précision les besoins des bandes indiennes de la province [Colombie-Britannique] auxquelles l'ancien commissaire n'a pas attribué de terres, et [...] leur attribuer des terres propres à la culture et au pâturage. [Je souligne.]

(Décret fédéral du 19 juillet 1880. Canada. Conseil privé. Décret n° 1334/1880, aux Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 2, série 1.)

Ces instructions ont par la suite été modifiées, mais le principe que la décision finale concernant l'attribution de secteurs de pêche appartenait au ministère de la Marine et des Pêcheries est demeuré inchangé. Ainsi, le 20 décembre 1881, le surintendant général des Affaires indiennes a écrit ce qui suit à A. W. McLelan, ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries:

[TRADUCTION] J'ai l'honneur de vous informer que le juge O'Reilly, qui, l'an dernier, a été nommé commissaire chargé d'attribuer les terres qui serviront à l'établissement de réserves en Colombie-Britannique et seront occupées par les bandes et les tribus indiennes de cette province, j'ai jugé utile et approprié de lui donner instruction de déterminer, dans le cours de l'attribution des terres en question, les secteurs de pêche qui devraient être réservés à l'usage exclusif des Indiens, et il suit ces instructions.

Il est souhaitable que les pêcheries dont l'attribution aux Indiens est recommandée ne soient pas aliénées de quelque autre manière sans le consentement préalable de notre ministère.

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

The instructions referred to were also given to Indian Commissioners in Manitoba, Keewatin and the Northwest Territories, and they state that the Commissioners are to ascertain what fishing grounds should be reserved in order that application might be made to the Department of Marine and Fisheries to have those areas secured for the use of the Indians. These instructions reveal that Commissioner O'Reilly was not given the authority to allot an exclusive fishery, and that the most he could do was make recommendations.

In response to being informed that Indian Commissioners were receiving such instructions, and making such recommendations, the Acting Minister of Marine and Fisheries made it clear that his department would not act on any such recommendation. He reiterated the position of his department and informed the Department of Indian Affairs that:

... fishing rights in public waters cannot be made exclusive excepting under the express sanction of Parliament, and that Indians are entitled to use the public fisheries only on the same conditions as white men, subject to the *Fisheries Act* and Fishery Regulations. The mere assignment of these fishery privileges by Indian Agents, or the abstention of this Department from otherwise disposing of them — which there was no intention to do pending careful consideration of all the circumstances of each case — could not legally exclude the public from fishing therein.

(A. W. McLelan, Acting Minister of Marine and Fisheries, to Sir John A. Macdonald, Superintendent General of Indian Affairs, January 30, 1882, in National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

Accordingly, when assessing what Commissioner O'Reilly did, it is important to understand the existing limitations on what he could do. The powers of Commissioner O'Reilly and his instructions are perhaps best summarized in the following extract from a letter written by Lawrence Vankoughnet, Deputy Superintendent General of

Les instructions dont il est fait mention, qui ont également été données aux commissaires des Indiens pour le Manitoba, le Keewatin et les Territoires du Nord-Ouest, indiquent que les commissaires devaient déterminer les secteurs de pêche qui devaient être réservés en vue de la présentation de demandes au ministère de la Marine et des Pêcheries visant à garantir aux Indiens l'usage des secteurs en question. Ces instructions révèlent que le commissaire O'Reilly n'était pas habilité à accorder des pêcheries exclusives et qu'il pouvait tout au plus faire des recommandations.

47

Après avoir été informé que les commissaires des Indiens recevaient de telles instructions et formulaient des recommandations de cette nature, le ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries a clairement indiqué que son ministère ne donnerait pas suite à de telles recommandations. Il a réitéré la position de son ministère et informé celui des Affaires indiennes de ce qui suit:

48

[TRADUCTION]... les droits de pêche dans les eaux publiques ne peuvent être rendus exclusifs qu'avec l'aval exprès du Parlement et les Indiens n'ont le droit d'utiliser les pêcheries publiques qu'aux mêmes conditions que les Blancs et sous réserve de *l'Acte des pêcheries* et de son règlement d'application. Il n'est pas possible, en droit, d'interdire au public de pêcher dans ces eaux du seul fait que ces privilèges de pêche auraient été cédés par les agents des Indiens ou du fait que notre ministère ne les a pas aliénés de quelque autre façon — ce qu'il n'avait aucune intention de faire avant d'avoir examiné de manière approfondie toutes les circonstances propres à chaque cas.

(A. W. McLelan, ministre suppléant de la Marine et des Pêcheries, à Sir John A. Macdonald, surintendant général des Affaires indiennes, 30 janvier 1882, aux Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

En conséquence, lorsqu'on apprécie ce qu'a fait le commissaire O'Reilly, il importe de bien comprendre les limites qu'il devait respecter. C'est probablement le passage suivant d'une lettre qu'a écrite Lawrence Vankoughnet, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, à Sir John A. Macdonald, qui cumulait alors les fonctions de sur-

49

Indian Affairs, to Sir John A. Macdonald, who was then Superintendent General of Indian Affairs as well as Prime Minister. In the letter, dated February 27, 1882, the Deputy Superintendent states:

With regard to the authority under which Mr. O'Reilly acted in designating fishing stations which it might be advisable to have reserved for Indian Bands in British Columbia... the Reserve Commissioner had been instructed while engaged in assigning lands to Indian Bands in that Province, to mark off the fishing grounds which should be kept for their exclusive use, and the Acting Minister was informed that it would be desirable that the fisheries "recommended" for allotment to the Indians should not be otherwise disposed of without the consent of this Department having been first obtained. The designation of these fishing limits as being desirable for the exclusive use of Indian Bands, no more assigns the fishing grounds thus designated to them permanently, without the consent of the Government having been obtained, than does Mr. O'Reilly's allotment of Indian Reserve lands assign the latter to the same Indians without similar approval.

Mr. O'Reilly's allotments are only recommendatory; and may be curtailed or increased; as, after consultation and mature deliberation by the Officers of the Department of Marine and Fisheries and the Department of Indian Affairs, may be considered advisable. [Emphasis in original.]

(National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3766, File No. 32876.)

The Statements of Commissioner O'Reilly

50 Commissioner O'Reilly was clearly instructed that his role was limited to making recommendations. In light of these instructions it is apparent that his statements and actions do not disclose an attempt to grant control of the fishery. Rather, at most, they represent a recommendation that a fishery be allotted.

51 On the day before Commissioner O'Reilly recommended the allotment of Moricetown Indian

intendant général des Affaires indiennes et de premier ministre, qui résume le mieux les pouvoirs du commissaire O'Reilly et les instructions qu'il avait reçues. Dans sa lettre datée du 27 février 1882, le surintendant adjoint a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne le pouvoir en vertu duquel M. O'Reilly a agi pour désigner les postes de pêche qu'il était peut-être souhaitable de réserver pour les bandes indiennes de la Colombie-Britannique, [...] le commissaire des réserves avait reçu instruction de déterminer, dans le cours de l'attribution des terres aux bandes indiennes de cette province, les secteurs de pêche qui devaient être réservés à leur usage exclusif; le ministre suppléant a été avisé qu'il serait souhaitable que les pêcheries dont l'attribution aux Indiens est «recommandée» ne soient pas aliénées de quelque autre manière sans le consentement préalable de notre ministre. [...] La détermination de ces territoires de pêche, dont il est jugé souhaitable de réserver l'usage exclusif aux bandes indiennes, n'a pas davantage pour effet de céder de façon permanente à ces bandes les secteurs de pêche ainsi désignés, sans le consentement du gouvernement, que ne le fait l'attribution des terres formant les réserves indiennes par M. O'Reilly aux mêmes Indiens sans cette approbation.

Les attributions de terres faites par M. O'Reilly ne sont que des recommandations, qui peuvent faire l'objet de diminutions ou d'augmentations, si, après consultations et délibérations approfondies, les fonctionnaires du ministère de la Marine et des Pêcheries et du ministère des Affaires indiennes jugent la chose souhaitable. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3766, n° de dossier 32876.)

Les déclarations du commissaire O'Reilly

Le commissaire O'Reilly a clairement reçu des instructions lui indiquant que son rôle se limitait à formuler des recommandations. À la lumière de ces instructions, il est évident que ses déclarations et ses actions ne révèlent aucune tentative d'accorder le contrôle de la pêche. Au contraire, elles constituent tout au plus une recommandation en faveur de l'attribution d'une pêche.

La veille de sa recommandation favorable à l'attribution de la réserve indienne n° 1 de Morice-

Reserve No. 1 (Lach-kal-tsap), he made the following statements to the band in a discussion concerning the allotment of the reserve:

The Gov. is anxious land shd be set apart for you as it has been in the rest of B.C. A reserve when made protects the land from trespass by others, but the Indian still has the right to hunt, fish or gather berries outside. The Gov. does not wish to confine you on the reserve

Later in the same discussion he stated that:

I never make a promise without seeing the land I am reserving. The reserve will be for the tribe, not for individuals. Allotments may be made by the Agent. Surveyors will be sent to define the exact boundaries, and plans will be sent to the Chiefs. [Emphasis added.]

(Transcript of meeting with Chief Le goul, two other Chiefs, Fr. Morris & Commissioner, September 18, 1891.)

These comments reveal that Commissioner O'Reilly made it apparent that he was not making the final decision with respect to the reserve boundaries, and that in any event he was concerned with reserving the land, not the fishery.

His position was made still clearer in his conversations with the neighbouring Indians of New Kitseguela, about 30 miles downstream from Moricetown, less than two weeks after the allotment of the Moricetown Reserve. Commissioner O'Reilly stated:

I hope you will not ask an unreasonable extent of country, but only for that which would be useful to you. It is not necessary that the berrying or hunting grounds shd be reserved. It would be an impossibility to define them as you go over hundreds of miles. You will not be confined to the reserves, but can hunt, fish or gather berries where you will as heretofore. [Emphasis added.]

He continued:

town (Lach-kal-tsap), le commissaire O'Reilly a fait les déclarations suivantes à la bande, au cours d'une discussion concernant l'attribution de la réserve:

[TRADUCTION] Le gouvernement tient à ce que des terres soient mises de côté à votre intention comme ce fut le cas dans le reste de la Colombie-Britannique. La création d'une réserve permet de protéger les terres qui la composent contre les intrus, mais les Indiens conservent toutefois le droit de chasser, de pêcher ou de cueillir des baies à l'extérieur de celle-ci. Le gouvernement ne souhaite pas vous confiner à la réserve ...

Plus tard, durant la même discussion, il a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Je ne fais jamais de promesse sans avoir vu les terres que je réserve. La réserve est destinée à la tribu et non aux individus. L'agent peut attribuer les terres. Des arpenteurs seront envoyés pour établir les limites exactes, et les plans seront transmis aux chefs. [Je souligne.]

(Transcription de la réunion avec le chef Le goul, deux autres chefs, le père Morris et le commissaire, le 18 septembre 1891.)

Il ressort de ces commentaires que le commissaire O'Reilly a clairement indiqué qu'il ne prenait pas la décision finale relativement aux limites de la réserve et que, de toute façon, son rôle était de réserver les terres, non la pêche.

52

Moins de deux semaines après l'attribution de la réserve de Moricetown, il a précisé davantage sa position au cours de ses conversations avec les Indiens de New Kitseguela, à environ 30 milles en aval de Moricetown. Le commissaire O'Reilly a dit ceci:

53

[TRADUCTION] J'espère que vous ne demanderez pas une étendue déraisonnable de territoire, mais plutôt uniquement ce qui vous est utile. Il n'est pas nécessaire de réserver des territoires de cueillette de baies et de chasse. Il serait impossible de délimiter de tels territoires puisque vous parcourez des centaines de milles. Vous ne serez pas confinés aux réserves, vous pourrez chasser, pêcher ou cueillir des baies où vous le voulez, comme vous l'avez fait jusqu'à maintenant. [Je souligne.]

Il a poursuivi ainsi:

You not only have good land, you have a good salmon river at your door, and good hunting and berrying mountains close at hand. When the reserves are defined the land belongs exclusively to the Indians. [Emphasis added.]

54

Commissioner O'Reilly certainly believed the reserve consisted of the land but not the river. His concern was to reserve a fishing station on the bank of the river and not with reserving control of the fishery itself. This is made clear later in the conversation, when in response to a request for the reservation of a portion of the stream, Commissioner O'Reilly stated:

I cannot see the necessity of making such a large reserve. You cannot use it. It is necessary you shd have timber, and that I will give you, and your village and agricultural land, but it is not necessary to give you seven miles of fishing ground, that cannot be used by anyone else. [Emphasis added.]

(Transcript of O'Reilly Commission Meeting at New Kitseguela, September 30, 1891. National Archives of Canada, Record Group 10, Volume 3571, File 126, pt. A; Provincial Archives of British Columbia microfilm reel B-274.)

Was an Exclusive Fishery Included in the Grant!

55

The Minutes of Decision of Commissioner O'Reilly, dated September 19, 1891 referred to the allotment of the Moricetown Reserve in the following terms:

Lach kal tsap, a reserve of twelve hundred and ninety (1290) acres, situated on the Hagwilget river about 35 [miles] southeast of Hazelton.

Commencing on the right bank of the Hagwilget river at a Poplar tree marked Indian reserve and running East ninety (90) chains; thence North one hundred and twenty (120) chains; thence West one hundred and twenty (120) chains; thence South one hundred and twenty (120) chains; and thence East thirty (30) chains to the place of commencement.

[TRADUCTION] Non seulement avez-vous de bonnes terres, mais vous avez également tout près une rivière riche en saumon et, à portée de la main, des montagnes qui regorgent de gibier et de baies. Une fois les réserves délimitées, le territoire appartient alors exclusivement aux Indiens. [Je souligne.]

Il ne fait pas de doute que le commissaire O'Reilly estimait que la réserve était constituée des terres mais non de la rivière. Il tenait à réserver un poste de pêche sur la berge de la rivière, non à réserver le contrôle de la pêcherie même. Cela ressort clairement de la réponse qu'il a donnée, plus tard dans la conversation, lorsqu'on lui a demandé de réserver une partie du cours d'eau:

[TRADUCTION] Je ne vois pas la nécessité d'établir une si vaste réserve. Vous ne pourrez pas l'utiliser. Vous avez besoin de bois, ce que je vous donnerai, ainsi que de votre village et de terres agricoles, mais il n'est pas nécessaire de vous donner un secteur de pêche de sept milles qui ne pourrait être utilisé par personne d'autre. [Je souligne.]

(Transcription de la réunion du commissaire O'Reilly à New Kitseguela, 30 septembre 1891. Archives nationales du Canada, Fonds d'archives fédérales 10, volume 3571, dossier 126, partie A; Archives provinciales de la Colombie-Britannique, bobine de microfilm B-274.)

Y-a-t-il eu attribution d'une pêcherie exclusive!

Dans le procès-verbal de la décision du commissaire O'Reilly, en date du 19 septembre 1891, il est fait état de l'attribution de la réserve de Moricetown dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lach kal tsap, réserve de mille deux cent quatre-vingt-dix (1290) acres, située le long de la rivière Hagwilget, à environ 35 [milles] au sud-est de Hazelton.

Commencant sur la rive droite de la rivière Hagwilget, à l'endroit où se trouve un peuplier sur lequel est inscrit réserve indienne, et vers l'est sur une distance de quatre-vingt-dix (90) chaînes; de là, cent vingt (120) chaînes vers le nord; de là, cent vingt (120) chaînes vers l'ouest; de là, cent vingt (120) chaînes vers le sud; et de là, trente (30) chaînes vers l'est, jusqu'au point de départ.

(Indian Lands Registry (Registry No. B-64652), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

The appellant urged that this metes and bounds description was clear and cogent evidence that Commissioner O'Reilly intended that the Reserve include the Hagwilget River and with it an exclusive fishery.

It is true that the metes and bounds description does not exclude the river. Yet, it must be remembered that the Commissioner had explained to the Indians, that this was only a rough allocation of land which would later be more accurately surveyed. More importantly, with regard to the alleged allotment of an exclusive fishery, it is certainly significant that the letter from Commissioner O'Reilly of January 21, 1892 forwarding the Minutes of Decision makes no mention of any fisheries being reserved for the Indians.

Commissioner O'Reilly did refer to a fishery adjacent to the proposed reserve in his report to the Superintendent General of Indian Affairs on March 26, 1892. When, on May 13, 1892, the Deputy Superintendent General of Indian Affairs sent a copy of the recommended allotment of the Moricetown Reserve and others to the Department of Marine and Fisheries, he asked that the fishing grounds adjacent to the reserves be reserved for the Indians who had been allocated the lands adjacent to those fishing grounds. This request confirms that Indian Affairs understood its powers and that of its Commissioners to be limited to the allocation of land to the Indians, and that any allocation of fishing grounds would have to be approved by the Department of Marine and Fisheries.

When the Department of Marine and Fisheries forwarded the request for fishing grounds to the Dominion Inspector of Fisheries in British Columbia for comment, that official stated:

(Registre des terres indiennes (n° B-64652), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

L'appelant a prétendu avec insistance que cette description par mesurage et délimitation était une preuve claire et convaincante que le commissaire O'Reilly entendait que la réserve comprenne la rivière Hagwilget et avec elle une pêche exclusive.

Bien qu'il soit vrai que cette description par mesurage et délimitation n'exclut pas la rivière, il faut néanmoins rappeler que, comme le commissaire l'avait expliqué aux Indiens, il ne s'agissait que d'une attribution approximative de terres, qui serait par la suite arpentée de façon plus précise. Fait plus important en ce qui concerne la prétendue attribution d'une pêche exclusive, il est certes significatif que la lettre datée du 21 janvier 1892 du commissaire O'Reilly, accompagnant le procès-verbal de sa décision, ne renferme aucune mention de quelque pêche que ce soit réservée en faveur des Indiens.

Le commissaire O'Reilly a effectivement fait état d'une pêche adjacente à la réserve proposée dans son rapport au surintendant général des Affaires indiennes le 26 mars 1892. Lorsque, le 13 mai 1892, le surintendant général adjoint des Affaires indiennes a fait parvenir au ministère de la Marine et des Pêcheries une copie de la recommandation d'attribuer la réserve de Moricetown et d'autres réserves, il a demandé que les secteurs de pêche adjacents aux réserves soient réservés aux Indiens à qui avaient été attribuées les terres adjacentes à ces secteurs. Cette demande confirme que le ministère des Affaires indiennes comprenait que ses pouvoirs et ceux de ses commissaires se limitaient à l'attribution de terres aux Indiens, et que toute attribution de secteurs de pêche devait être approuvée par le ministère de la Marine et des Pêcheries.

Lorsque le ministère de la Marine et des Pêcheries a transmis la demande de secteurs de pêche à l'inspecteur fédéral des pêcheries en Colombie-Britannique afin d'obtenir ses commentaires, ce dernier a répondu ceci:

56

57

58

59

I beg to respectfully, but in the strongest way possible to recommend that no salmon fishing grounds be reserved for the use of Indians.

In my opinion the Dept. of Fisheries should not grant, or acknowledge any exclusive rights of Indians to any waters in British Columbia.

(John McNab, Dominion Inspector of Fisheries, British Columbia, to William Smith, Deputy Minister of Marine and Fisheries, May 26, 1892 in Indian Lands Registry (Registry No. B-64648), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

60 This letter was in turn forwarded to Indian Affairs by the Department of Marine and Fisheries on June 4, 1892. In reply, R. Sinclair of the Department of Indian Affairs wrote the Minister of Marine and Fisheries to ask whether he concurred with the recommendation of the Inspector of Fisheries not to allocate salmon fishing grounds to the Indians. In this letter of June 9, 1892 he reiterated that the Department of Indian Affairs claimed no right to allot fishery reserves to the Indians, and that it was for the Department of Marine and Fisheries to decide whether any or all of the recommended allotments of fishing grounds was to be approved.

61 The clear reply of the Deputy Minister of Marine and Fisheries on July 14, 1892 was that his Department would not sanction any reservation of fishing grounds. He repeated the long-standing position of the Department that exclusive fisheries would not be granted, and suggested instead that:

... it would be far better to have such waters as you may deem to be necessary for the support and maintenance of these Indians, licensed to them under similar conditions as licenses are issued to other Bands of Indians in Ontario. This would place them on a footing of equality with White fishermen, and enable them to dispose of their fish in the same manner as the latter do.

[TRADUCTION] Je recommande respectueusement, mais de la façon la plus vigoureuse possible, qu'aucun secteur de pêche au saumon ne soit réservé pour l'usage des Indiens.

À mon avis, le ministère des Pêcheries ne devrait ni accorder ni reconnaître aux Indiens de droits exclusifs sur quelque étendue d'eau en Colombie-Britannique.

(John McNab, inspecteur fédéral des Pêcheries, Colombie-Britannique, à William Smith, sous-ministre de la Marine et des Pêcheries, 26 mai 1892, Registre des terres indiennes (n° B-64648), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

Cette lettre a à son tour été transmise aux Affaires indiennes par le ministère de la Marine et des Pêcheries le 4 juin 1892. En réponse, R. Sinclair, du ministère des Affaires indiennes, a écrit au ministre de la Marine et des Pêcheries pour lui demander s'il était d'accord avec la recommandation de l'inspecteur des Pêcheries de ne pas attribuer aux Indiens de secteurs de pêche au saumon. Dans cette lettre du 9 juin 1892, il a réitéré que le ministère des Affaires indiennes ne prétendait aucunement avoir le droit d'attribuer des réserves de pêche aux Indiens, et qu'il appartenait au ministère de la Marine et des Pêcheries de décider si toutes les attributions de secteurs de pêche recommandées ou certaines seulement devaient être approuvées.

Le 14 juillet 1892, le sous-ministre de la Marine et des Pêcheries a clairement répondu que son ministère ne sanctionnerait aucune réservation de secteurs de pêche. Il a répété la position de longue date du ministère qu'aucune pêcherie exclusive ne serait accordée, et il a plutôt proposé ceci:

[TRADUCTION]... il me semble de loin préférable que les étendues d'eau que vous estimez nécessaires à la subsistance de ces Indiens leur soient accordées au moyen de licences assorties de conditions semblables à celles qui sont imposées à d'autres bandes indiennes de l'Ontario. Ils seraient ainsi sur un pied d'égalité avec les pêcheurs blancs et ils pourraient disposer de leur poisson de la même manière que ces derniers.

(William Smith, Deputy Minister of Marine and Fisheries, to Deputy Superintendent General of Indian Affairs, July 14, 1892 in Indian Lands Registry (Registry No. B-64648), Department of Indian and Northern Affairs, Hull, P.Q.)

The only conclusion which can be reached on this evidence is that there was never any intention on the part of the Crown to allot an exclusive fishery for the Moricetown Band.

The Application of the Ad Medium Filum Aquae Presumption

The appellant argued that the intention of the Crown to allot fishery rights to the band as part of the reserve was to a large extent irrelevant in this case. The basis for the argument is that the Crown only intended to reserve the fishery in navigable waters, and that in non-navigable waters, which the appellant contends includes the Bulkley River at the reserve, the presumption *ad medium filum aquae* applies, and accordingly the river surrounded, as it is on both sides by the reserve, would be presumptively part of the reserve.

Assuming without deciding that the doctrine of *ad medium filum aquae* should apply to Indian Reserves, it is not applicable in this case for three reasons. First, it must be remembered that the doctrine is only applicable in cases where the river forming the boundary is not navigable. The Bulkley River is navigable above and below the Moricetown gorge and should be considered a navigable river. This in itself is a sufficient basis for determining that the river did not form part of the reserve and that the presumption of ownership to the middle of the river cannot arise. Secondly, at the time the reserve was created the English common law provided that the fishery was a right which was severable from the title to the river bed itself. Thus, even if the presumption *ad medium filum aquae* were to apply to pass title to the bed of the river to the band, the presumption has no effect

(William Smith, sous-ministre de la Marine et des Pêcheries, au surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 14 juillet 1892, Registre des terres indiennes (n° B-64648), ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Hull (Qc).)

La seule conclusion qu'il est possible de tirer de cette preuve est que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder de pêche exclusive à la bande de Moricetown.

Uapplication de la présomption ad medium filum aquae

L'appellant a fait valoir que l'intention de la Couronne d'accorder à la bande des droits sur la pêche, en tant que partie de la réserve, est dans une large mesure sans pertinence en l'espèce. À l'appui de cet argument, l'appellant affirme que la Couronne entendait uniquement réserver la pêche dans les eaux navigables, et que, dans les eaux non navigables — la rivière Bulkley étant, de prétendre l'appellant, formée de telles eaux à la hauteur de la réserve —, la présomption *ad medium filum aquae* s'applique, de sorte que, comme la rivière est bordée des deux côtés par la réserve, elle ferait partie de celle-ci par l'effet de la présomption.

À supposer, sans toutefois se prononcer sur la question, que la doctrine *ad medium filum aquae* s'applique aux réserves indiennes, elle ne s'applique cependant pas en l'espèce, et ce pour trois raisons. Premièrement, il faut se rappeler que la doctrine n'est applicable que dans les cas où la rivière qui forme la limite n'est pas navigable. Or, comme la rivière Bulkley est navigable en amont et en aval de la gorge de Moricetown, elle devrait être considérée comme une rivière navigable. En soi, il s'agit d'une raison suffisante pour conclure qu'elle ne fait pas partie de la réserve et que la présomption relative au droit de propriété sur la rivière jusqu'à son milieu ne peut alors naître. Deuxièmement, lorsque la réserve a été créée, la pêche était, en vertu de la common law d'Angleterre, un droit separable du titre relatif au lit de la rivière. Donc, même si la présomption *ad*

62

63

64

on the fishery as the Crown specifically refused to allot an exclusive fishery to the band. It was the clear intention of the Crown to reserve all of the fishery to itself. It follows that any by-law with respect to fishing would therefore be beyond the band's authority as control of this riparian right remained with the Crown. Thirdly, if the presumption could possibly be said to apply it was rebutted in light of the evidence that the Crown never intended to grant nor did it grant the bed of the river to the band. It will be necessary to say a little more with regard to each of these aspects.

When Does the *Ad Medium Filum Aquae* Presumption Apply?

65 In British Columbia, the civil and criminal laws of England were adopted as at November 19, 1858 "so far as the same [were] not by local circumstances inapplicable": *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 70, s. 2 (now *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 2). Similar language also introduced the common law of England into Manitoba and Alberta, although in other provinces, such as Ontario, no allowance was made for "local circumstances".

66 As La Forest explained in his book *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *supra*, at pp. 241-42, the English rule was that:

... the owner of land through which a non-tidal stream flows owns the bed of the stream unless it has been expressly or impliedly reserved; and if the stream forms the boundary between lands owned by different persons, each proprietor owns the bed of the river *ad medium filum aquae* — to the centre thread of the stream.

67 While this rule expressed the common law as it existed in England, the courts in western Canada

medium filum aquae s'appliquait et transférait à la bande le titre sur le lit de la rivière, elle ne produirait aucun effet à l'égard de la pêche, étant donné que la Couronne a expressément refusé d'accorder à la bande une pêche exclusive. La Couronne avait clairement l'intention de se réserver l'ensemble de la pêche. Il s'ensuit que tout règlement administratif régissant la pêche outrepasserait les pouvoirs de la bande, puisque la Couronne a conservé le contrôle de ce droit riverain. Troisièmement, même s'il était possible d'affirmer que la présomption s'applique, elle a été réfutée compte tenu de la preuve que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder le lit de la rivière à la bande et qu'elle ne l'a jamais accordé dans les faits. Il est nécessaire d'explicitier un peu plus chacun de ces aspects.

Quand la présomption *ad medium filum aquae* s'applique-t-elle?

En Colombie-Britannique, les lois civiles et criminelles d'Angleterre ont été adoptées, telles qu'elles existaient le 19 novembre 1858, [TRADUCTION] «dans la mesure où elles [n'étaient] pas inapplicables en raison de conditions locales»: *The English Law Ordinance, 1867*, S.B.C. 1867, No. 70, art. 2 (maintenant *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 2). Un texte analogue a également introduit la common law d'Angleterre au Manitoba et en Alberta, quoique, dans d'autres provinces, telle l'Ontario, il n'y a pas de réserve fondée sur les «conditions locales».

Ainsi que La Forest l'a expliqué dans son ouvrage intitulé *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *op. cit.*, aux pp. 241 et 242, la règle anglaise était la suivante:

[TRADUCTION]... le propriétaire d'un bien-fonds traversé par un cours d'eau sans marée est également propriétaire du lit de ce cours d'eau sauf s'il a expressément ou implicitement été réservé; si le cours d'eau délimite des biens-fonds appartenant à des personnes différentes, chacune d'elles est propriétaire du lit de la rivière *ad medium filum aquae* — c'est-à-dire jusqu'à la ligne médiane du cours d'eau.

Bien que cette règle exprimait la common law sur ce point à l'époque en Angleterre, les tribunaux

have not applied this rule to navigable rivers. Thus in the case of *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184 (Man. C.A.), Dennistoun J.A. wrote, at pp. 202-3:

These references to the common law of England indicate clearly to my mind that they are not and never were applicable to conditions in this Province. Here the public right in navigable waters whether under the Hudson's Bay tenure or since 1869 under the title vested in the Crown, was prior to, and superseded all private rights acquired by grant or settlement, upon the banks of a navigable stream. In a country occupied from the earliest days by hunters, trappers, fishers and traders whose main and almost exclusive highways were the rivers and streams, such laws were contrary to the requirements and necessities of the whole community.

The applicability of the common law of England to navigable rivers in respect to the *ad medium* rule may be doubted when it is remembered that the importance of public rights in non-tidal navigable waters was not recognised in England when title to land upon their banks was acquired.

In this country the public right of navigation and of fishery in all navigable waters has always existed and been recognised.

Similarly, in the same year the Alberta Court of Appeal in the case of *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, held that the English common law presumption did not apply in the very different circumstances which existed in Canada. In short, the "local circumstances" which existed in Canada rendered the common law inapplicable with respect to navigable rivers. As Beck J.A. stated in his reasons at pp. 422-23:

In *Barthel v. Scotten* (1895), 24 Can. S.C.R. 367, it was held that a grant of land bounded by the bank of a navigable river or an international waterway does not extend *ad medium filum aquae*.

In *re Provincial Fisheries* (1896), 26 Can. S.C.R. 444, Gwynne, J., said that the rule that riparian proprietors

de l'ouest canadien ne l'ont pas appliquée aux rivières navigables. Ainsi, dans l'affaire *Re Iverson and Greater Winnipeg Water District* (1921), 57 D.L.R. 184 (C.A. Man.), le juge Dennistoun a écrit ceci, aux pp. 202 et 203:

[TRADUCTION] À mon avis, ces renvois à la common law d'Angleterre indiquent clairement que ces règles de droit ne s'appliquent pas et ne se sont jamais appliquées aux conditions dans la province. Ici, que ce soit en vertu de la tenure de la Baie d'Hudson ou, depuis 1869, en vertu du titre dévolu à la Couronne, les droits publics sur les eaux navigables ont précédé et remplacé tous droits privés acquis, par concession ou colonisation, à l'égard des rives d'un cours d'eau navigable. Dans un pays occupé dès le départ par des chasseurs, des trappeurs, des pêcheurs et des commerçants, qui avaient pour principales — et pour ainsi dire uniques — voies de transport les rivières et autres cours d'eau, de telles règles de droit étaient contraires aux besoins et aux exigences de la collectivité toute entière.

Il est possible de douter de l'applicabilité de la common law d'Angleterre aux rivières navigables, pour ce qui est de la règle *ad medium*, si on se rappelle que l'importance des droits publics sur les eaux sans marée navigables n'était pas reconnue en Angleterre lorsqu'un titre foncier était acquis à l'égard des rives de ces eaux.

Dans notre pays, le droit du public de naviguer et de pêcher dans toutes les eaux navigables existe, et il est reconnu depuis toujours.

De même, au cours de la même année, dans *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la présomption prévue par la common law d'Angleterre ne s'appliquait pas aux conditions fort différentes existant au Canada. Bref, les «conditions locales» qui existaient au Canada rendaient la common law inapplicable aux rivières navigables. Comme le juge Beck l'a écrit dans ses motifs, aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Barthel c. Scotten* (1895), 24 R.C.S. Can. 367, il a été jugé qu'en cas d'attribution d'un bien-fonds délimité par la rive d'une rivière navigable ou d'une voie d'eau internationale, le bien-fonds ainsi attribué ne s'étend pas *ad medium filum aquae*.

In *re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. Can. 444, le juge Gwynne a déclaré que la règle portant que les

own ad medium filum aquae does not apply to the great lakes or navigable rivers.

In *Keewatin Power Co. v. Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, Anglin, J. held, as stated in the head note, that: -

"The restriction of the presumption of the common law, as administered in England, in favour of Crown ownership of the alveus of navigable waters, for the protection of public rights of navigation and fishery therein, to navigable tidal waters, is apparently due to the non-recognition in early times of the necessity of protecting such public rights in other navigable waters, and an acquiescence in the right of riparian owners of land bordering thereon to the bed of such waters ad medium filum aquae; whereas in this Province such public rights in all rivers navigable in fact have been deemed always existent in the Crown ex jure naturae, so that the title in the bed thereof remained in the Crown after it had made grants of land bordering upon the banks of such rivers, the doctrine of ad medium filum aquae not applying thereto."

This Court has declared in *Rex v. Cyr* (1917), 38 D.L.R. 601, 29 Can. Cr. Cas. 77, 12 Alta. L.R. 320 at p. 325, that where resort is to be had to the common law the applications of its principles are not necessarily to result in same decisions as have been or may be given by the English Courts, but that account must be taken of the different conditions prevailing in this country, not merely physical conditions but the general conditions of our public affairs and the general attitude of the community in regard to the particular matter in question.

The decision of Anglin, J., was reversed by the Ontario Court of Appeal (1908), 16 O.L.R. 184, but explicitly on the ground of the precise wording of the statute of the Province, R.S.O. 1897, ch. III, sec. 1, enacting that "In all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall continue to be had to the laws of England as they stood on the said 15th of October, 1792, as the rule for the decision of the same. . . . except so far as the said laws may have been repealed by any Act of the late Province of Upper Canada. . . . still having the force of law in Ontario, or by these Revised Statutes."

69

Beck J.A. then went on to cite s. 11 of the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50,

propriétaires riverains sont propriétaires ad medium filum aquae ne s'applique pas aux grands lacs ni aux rivières navigables.

Suivant le texte du sommaire de l'arrêt *Keewatin Power Co. c. Kenora* (1906), 13 O.L.R. 237, le juge Anglin a tiré la conclusion suivante:

«Si la présomption de common law — appliquée en Angleterre et en vertu de laquelle la Couronne est propriétaire du lit des eaux navigables, en vue de la protection des droits publics de navigation et de pêche dans ces eaux — ne vise que les eaux à marée navigables, c'est apparemment parce que, à l'origine, on ne reconnaissait pas la nécessité de protéger ces droits publics dans les autres eaux navigables, et que l'on acceptait que les propriétaires riverains avaient sur le lit de ces eaux un droit ad medium filum aquae; attendu que, dans notre province, ces droits publics dans toutes les rivières navigables ont, dans les faits, toujours été réputés appartenir à la Couronne ex jure naturae, celle-ci a conservé son titre sur le lit des rivières, même après avoir accordé des biens-fonds en bordure de leurs rives, la doctrine ad medium filum aquae ne s'y appliquant pas.»

Notre Cour a déclaré, dans *Rex c. Cyr* (1917), 38 D.L.R. 601, 29 Can. Cr. Cas. 77, 12 Alta. L.R. 320, à la p. 325, que si l'application des principes de common law s'avère nécessaire, elle ne doit pas pour autant donner lieu à des décisions identiques à celles qui ont été rendues par les tribunaux anglais ou qui pourraient l'être; il faut plutôt tenir compte des conditions différentes qui existent dans notre pays, non seulement de la géographie, mais également de l'état général de nos affaires publiques et de l'attitude générale de la collectivité à l'égard de la question soulevée.

La décision du juge Anglin a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (1908), 16 O.L.R. 184, mais explicitement sur le fondement du texte même de la disposition législative provinciale pertinente, R.S.O. 1897, ch. III, art. 1, qui était ainsi rédigée: «Relativement à toute question litigieuse concernant la propriété et les droits civils, on continuera d'avoir recours aux lois d'Angleterre, suivant leur texte au 15 octobre 1792, à titre de règles régissant ce genre de questions [...] sauf dans la mesure où les lois en question ont été abrogées soit par une loi de l'ancienne province du Haut-Canada [...] toujours en vigueur en Ontario, soit par les présentes lois révisées.»

Le juge Beck a ensuite cité l'art. 11 de *Y Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50,

which is to the same effect as s. 2 of the British Columbia *English Law Ordinance Act* He observed at p. 424:

The words which I have quoted do not appear in the Ontario Act. The quoted word "applicable" means "suitable"; "properly adapted to the conditions of the country". *Brand v. Griffin* (1908) 1 Alta. L. R. 510,1 accept then, for this Province at least the view propounded by Anglin, J. In that view the doctrine that in non-tidal waters prima facie the title to the bordering lands runs ad medium filum aquae is not in force in the Province so far as to affect waters — lakes or rivers — which are in fact navigable. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the reasoning and conclusions of the Manitoba and Alberta Courts of Appeal. The wording of the Manitoba, Alberta, and British Columbia statutes leads inexorably to the conclusion that the decisions of the Manitoba and Alberta Courts of Appeal are correct and applicable to British Columbia.

This conclusion is further supported by the statements of La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 54, where he said:

The common law of England has long been that the public has a right to navigate in tidal waters, but though non-tidal waters may be navigable in fact the public has no right to navigate in them, subject to certain exceptions not material here. Except in the Atlantic provinces, where different considerations may well apply, in Canada the distinction between tidal and non-tidal waters was abandoned long ago; see *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; for a summary of the cases, see my book on *Water Law in Canada* (1973), at pp. 178-80. Instead the rule is that if waters are navigable in fact, whether or not the waters are tidal or non-tidal, the public right of navigation exists. That is the case in Alberta where the Appellate Division of the Supreme Court, applying the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, rightly held in *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, that the English rule was not suitable to the conditions of the province. There is

qui est au même effet que Tart. 2 de *VEnglish Law Ordinance Act* de la Colombie-Britannique. Il a fait l'observation suivante, à la p. 424:

[TRADUCTION] Les termes que j'ai cités ne figurent pas dans la loi de l'Ontario. Le mot «applicable» signifie «approprié», «bien adapté aux conditions existant dans le pays». *Brand c. Griffin* (1908), 1 Alta. L.R. 510. J'adhère donc, à tout le moins pour ce qui est de notre province, à l'opinion exprimée par le juge Anglin. À son avis, la doctrine portant que le titre sur les biens-fonds qui bordent des eaux sans marée s'étend à première vue ad medium filum aquae, ne s'applique pas, dans la province, aux eaux — lacs et rivières — qui dans les faits sont navigables. [Je souligne.]

Je suis en parfait accord avec le raisonnement et les conclusions des cours d'appel du Manitoba et de T Alberta. Le texte des lois du Manitoba, de T Alberta et de la Colombie-Britannique amène inexorablement à conclure que les décisions des cours d'appel du Manitoba et de l'Alberta sont correctes et s'appliquent à la Colombie-Britannique.

Cette conclusion est étayée également par les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la p. 54, où il a déclaré ceci:

La common law d'Angleterre prévoit depuis longtemps que le public a un droit de navigation dans les eaux de marée; toutefois, bien que les eaux sans marée puissent être navigables, le public n'a pas le droit d'y naviguer, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. Au Canada, la distinction entre les eaux de marée et les eaux sans marée a été abandonnée il y a longtemps, sauf dans les provinces de l'Atlantique où des considérations différentes pourraient bien s'appliquer; voir l'arrêt *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; pour un sommaire des arrêts applicables, voir mon ouvrage intitulé *Water Law in Canada* (1973), aux pp. 178 à 180. La règle est plutôt la suivante: si les eaux sont navigables, que ce soient des eaux de marée ou sans marée, il existe un droit public de navigation. C'est le cas en Alberta où la Division d'appel de la Cour suprême, dans l'application de *Y Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, a à bon droit statué dans l'arrêt *Fiewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, que la règle anglaise ne

no issue between the parties that the Oldman River is in fact navigable.

What is the Correct Test for Navigability, and Is the Bulkley River a Navigable River?

72 It is clear that the *ad medium filum aquae* presumption has no application to navigable rivers in British Columbia. From the earliest times the Courts and legislatures of this country have refused to accept the application of a rule developed in England which is singularly unsuited to the vast non-tidal bodies of water in this country. It is therefore necessary to determine whether the Bulkley River can properly be considered to be a navigable river.

73 To assess navigability, the entire length of the river from its mouth to the point where its navigability terminates must be considered. On this issue I am in agreement with the reasoning and conclusions of Wallace J.A. in the Court of Appeal. In particular I would adopt the statements of Anglin J. (as he then was) in the case of *Keewatin Power Co. v. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R. 237 (H.C.). There the navigability of the Winnipeg River was in question. It was a river not unlike the Bulkley River in that various falls and rapids necessitated numerous portages between stretches of good water. Anglin J. wrote at p. 263:

But it is argued that in any event the *ad medium* rule should apply to such parts of navigable rivers as are in their natural state non-navigable owing to impediments such as falls or rapids. Such is not my opinion. Once the navigable character of the river is established, up to the point at which navigability entirely ceases the stream must be deemed a public highway, though above that point it is private property: *The Queen v. Robertson*, 6 S.C.R. 52.

The inconvenience which would ensue were the soil of the bed of the same river in alternate stretches vested in the Crown, *juris publici*, and in the riparian owners, *juris private* affords strong ground for the belief that the law is not in a condition which would produce such results. Then again, though navigation at the falls in the

pouvait être appliquée à la province. Les parties ne contestent pas que la rivière Oldman est en fait navigable.

Quel est le critère applicable pour statuer sur la navigabilité, et la rivière Bulkley est-elle une rivière navigable?

Il est évident que la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas aux rivières navigables de la Colombie-Britannique. Dès le départ, les législatures et les tribunaux du Canada ont refusé d'appliquer une règle élaborée en Angleterre et singulièrement peu adaptée à nos vastes étendues d'eau sans marée. Il est par conséquent nécessaire de déterminer si la rivière Bulkley peut, à juste titre, être considérée comme une rivière navigable.

Pour apprécier la navigabilité d'une rivière, il faut examiner tout son cours, de son embouchure jusqu'à l'endroit où la navigabilité prend fin. Sur cette question, je souscris au raisonnement et aux conclusions du juge Wallace de la Cour d'appel. Plus particulièrement, je fais miens les propos formulés par le juge Anglin (plus tard Juge en chef de notre Cour) dans l'affaire *Keewatin Power Co. c. Kenora (Town)* (1906), 13 O.L.R. 237 (H.C.), où il était question de la navigabilité de la rivière Winnipeg. Cette rivière n'était pas sans présenter des similitudes avec la rivière Bulkley, puisqu'elle comportait plusieurs chutes et rapides exigeant de nombreux portages entre les étendues d'eau praticables. Le juge Anglin a écrit ceci, à la p. 263:

[TRADUCTION] Or, l'on soutient que, de toute façon, la règle *ad medium* devrait s'appliquer aux parties des rivières navigables qui, à leur état naturel, ne sont pas navigables en raison d'obstacles tels que des chutes ou des rapides. Je ne suis pas d'accord. Une fois que la navigabilité de la rivière a été établie, celle-ci doit être considérée comme une voie publique jusqu'à l'endroit où sa navigabilité cesse entièrement, même si en amont de ce point elle est une propriété privée: *The Queen c. Robertson*, 6 R.C.S. 52.

Étant donné les problèmes qui découleraient du fait que différentes parties du lit d'une même rivière appartiendraient à la Couronne *juris publici* et aux propriétaires riverains *juris privatif* il y a de fortes raisons de croire que l'état du droit n'est pas tel que cela puisse se produire. Par ailleurs, bien que la navigation soit à

east branch of the Winnipeg river is presently impossible, the engineers say that a canal to overcome the natural obstacle which the falls present is quite possible. Is not the stream even at this point navigable *in possel* I think it is.

There is judicial authority for the proposition that a natural interruption of navigation in a river, in its general character navigable, does not change its legal characteristics in that respect at the point of interruption, and that riparian owners are not at such point presumed to own the bed *ad medium filum*: *Re State Reservation at Niagara Falls* (1884), 16 Abbott's N. C. (N.Y.) 159, 187; 37 Hun 507, 547-8. [Emphasis added.]

Similarly, Henry J. in *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608 (Ont. H.C.), at p. 614 (cited with approval by Wallace J.A. at the Court of Appeal) found that:

Interruptions to navigation such as rapids on an otherwise navigable stream which may, by improvements such as canals be readily circumvented, do not render the river or stream non-navigable in law at those points—

Finally, La Forest in his book *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *supra*, states at p. 181:

Thus the whole of a river or lake may be regarded as navigable even though at some point navigation may be impossible or possible only for small craft by reason of rapids or shoals.

The Bulkley River is navigable both above and below the Moricetown Canyon and should be considered a navigable river. The fact that it is not navigable at the Moricetown gorge cannot alter that conclusion. Since the *ad medium filum aquae* presumption has no application to navigable rivers in British Columbia, it has no application to the Bulkley River in its passage through the Moricetown Reserve. On this basis alone it can be concluded that reserve does not include the river.

l'heure actuelle impossible là où tombent les chutes dans le bras est de la rivière Winnipeg, les ingénieurs affirment qu'un canal pourrait très bien permettre de vaincre cet obstacle naturel. Le cours d'eau n'est-il pas, même à cet endroit, navigable *in possel* Je crois que oui.

Il existe des décisions permettant d'avancer qu'un obstacle naturel à la navigation sur une rivière qui, de par sa nature générale, est navigable, ne change pas le caractère juridique de cette rivière à l'endroit de l'interruption, et que les propriétaires riverains ne sont pas, à cet endroit, présumés être les propriétaires du lit *ad medium filum*: *Re State Reservation at Niagara Falls* (1884), 16 Abbott's N. C. (N.Y.) 159, 187; 37 Hun 507, 547 et 548. [Je souligne.]

De même, le juge Henry dans l'arrêt *Re Coleman and Attorney-General for Ontario* (1983), 143 D.L.R. (3d) 608 (H.C. Ont.), à la p. 614 (cité et approuvé par le juge Wallace de la Cour d'appel), a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Les obstacles à la navigation — des rapides, par exemple — sur un cours d'eau par ailleurs navigable, qui peuvent être facilement contournés au moyen d'améliorations — comme des canaux — ne rendent pas ce cours d'eau non navigable, au sens juridique, à ces endroits...

Enfin, La Forest, dans son ouvrage intitulé *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces*, *op. cit.*, dit ceci, à la p. 181:

[TRADUCTION] Ainsi, l'ensemble de la rivière ou du lac peut être jugé navigable même si, à un certain endroit, la navigation peut se révéler impossible ou possible uniquement au moyen de petites embarcations en raison de la présence de rapides ou de hauts-fonds.

La rivière Bulkley étant navigable tant en amont qu'en aval du canyon de Moricetown, elle devrait être considérée comme une rivière navigable. Sa non-navigabilité à la gorge de Moricetown ne peut modifier cette conclusion. Étant donné que la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas aux rivières navigables en Colombie-Britannique, elle ne s'applique donc pas à la partie de la rivière Bulkley qui traverse la réserve de Moricetown. Pour ce seul motif, il est possible de conclure que la réserve n'inclut pas la rivière.

The Fishery is Separate from Ownership of the Bed

La pêche est dissociable de la propriété du lit

75 The appellant contends that the *ad medium filum aquae* presumption became applicable in British Columbia on November 18, 1858, when the common law of England was explicitly adopted as the law except to the extent that it was inapplicable. Accordingly, it is argued that when the Crown granted land to the Indians it implicitly included the title to the river *ad medium filum aquae*. Where, as in this case, the river is bordered on both sides by the reserve, the principle would act to give title to the entire river bed to the reserve. Accordingly, the river would be "on the reserve", subject only to the Crown's ability to demonstrate that such a grant was not intended. I cannot accept that position.

L'appelant prétend que la présomption *ad medium filum aquae* est devenue applicable en Colombie-Britannique le 18 novembre 1858, date à laquelle la common law d'Angleterre a été explicitement adoptée comme étant le droit en vigueur, sauf dans la mesure où elle était inapplicable. Par conséquent, on plaide que, lorsque la Couronne a attribué des terres aux Indiens, elle a implicitement inclus le titre sur la rivière, *ad medium filum aquae*. Dans les cas où, comme en l'espèce, la rivière est bordée des deux côtés par la réserve, l'application du principe aurait pour effet de donner à la réserve le titre sur le lit entier de la rivière. Ainsi, la rivière se trouverait «on the reserve» («dans la réserve»), à moins seulement que la Couronne réussisse à démontrer qu'elle n'avait pas l'intention d'accorder un tel titre. Je ne peux souscrire à cette thèse.

76 To understand why the presumption does not apply requires a review of the common law rules concerning water. H. J. W. Coulson and Urquhart A. Forbes in *The Law relating to Waters* (2nd ed. 1902), at p. 100, explain the application of the *ad medium filum aquae* presumption in the following terms:

Afin de bien comprendre pourquoi la présomption ne s'applique pas, il convient d'examiner les règles de common law relatives aux eaux. H. J. W. Coulson et Urquhart A. Forbes dans *The Law relating to Waters* (2^e éd. 1902), décrivent ainsi l'application de la présomption *ad medium filum aquae*, à la p. 100:

When the lands of two conterminous proprietors are separated from each other by a running non-tidal stream of water, each proprietor is *prima facie* owner of the soil of the *alveus*, or bed of the river, *ad medium filum aquae*. The soil of the *alveus* is not the common property of the two proprietors, but the share of each belongs to him in severalty. Where the same person is the proprietor of the ground on both sides of the stream, he is *prima facie* the proprietor of the whole of the channel. ...

[TRADUCTION] Les propriétaires de biens-fonds adjacents, séparés par un cours d'eau sans marée, sont jusqu'à preuve du contraire propriétaires du sol de *Y alveus*, ou lit de la rivière, *ad medium filum aquae*. Le sol de *Y alveus*, n'est pas la propriété commune des propriétaires, mais chacun d'eux détient plutôt sa part individuellement [...] Lorsque les biens-fonds se trouvent de chaque côté d'un cours d'eau appartiennent à la même personne, celle-ci est, jusqu'à preuve du contraire, propriétaire de tout le lit...

The presumption that, by a conveyance describing the land thereby conveyed as bounded by a river, it is intended that the bed of the river, *usque ad medium filum*, should pass, may be rebutted by proof of surrounding circumstances in relation to the property in question, which negative the possibility of such having been the intention.

La présomption voulant que, dans les cas où un acte de transfert indique que les terres visées sont délimitées par une rivière ce fait témoigne de l'intention de transférer également le lit de la rivière *usque ad medium filum*, peut être repoussée en apportant la preuve de circonstances relatives aux biens-fonds en question réfutant que telle ait pu être l'intention.

One of the rights that flow from this possession of the bed is the right to the fishery. This is explained by the authors, at p. 104, in the following terms:

The right of fishery being a right of property, the presumption is that each owner of land abutting on a non-tidal stream has the right of fishing in front of his land, *usque ad medium flum aquae*; and where a man possesses land on both sides of the water, he has the sole right of fishing.

However, the authors go on to explain that this right of fishery is severable from the title, with the result that the right can be granted to another, or reserved from a grant. As Wightman J. stated in *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274, at p. 278 E.R.:

... it is clear upon the authorities that the soil of land covered with water may, together with the water and the right of fishery therein, be specially appropriated to a third person, whether he have land or not on the borders thereof or adjacent thereto.

This point is explained very clearly by La Forest in *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, supra*, at p. 236, where he states:

Though the right of fishing is usually enjoyed as an incident to the bed, it may of course be transferred to others by lease or licence. Moreover it can be granted, or reserved from a grant, and exist as a separate property right severed from the ownership of the soil.

Clearly the fishery, even where the *ad medium flum aquae* presumption otherwise applies, can be severed from the ownership of the river bed. The evidence presented clearly establishes that there was no intent on the part of the Crown to grant an exclusive fishery. As a result, any grants of title to land adjacent to rivers, navigable or otherwise, must be taken as excluding the fishery, even if it was accepted that the *ad medium filum aquae* presumption was otherwise applicable. The conse-

Un des droits qui découle de la possession du lit est le droit de pêche. Les auteurs expliquent ce droit dans les termes suivants, à la p. 104:

[TRADUCTION] Comme le droit de pêche est un droit de propriété, suivant la présomption, chaque propriétaire d'un bien-fonds attenant à un cours d'eau sans marée a le droit de pêcher à la hauteur de son bien-fonds, *usque ad medium flum aquae* de plus, si la même personne est propriétaire des biens-fonds se trouvant des deux côtés du cours d'eau, elle possède alors en exclusivité le droit de pêche.

Cependant, les auteurs poursuivent leurs explications en disant que, comme le droit de pêche est separable du titre, il peut être accordé à quelqu'un d'autre ou encore être réservé dans un acte de transfert. Ainsi que le juge Wightman Ta déclaré dans *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.* (1863), 3 B. & S. 732, 122 E.R. 274, à la p. 278 E.R.:

[TRADUCTION]... il est évident, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine, que le sol de terres submergées, ainsi que l'eau et le droit d'y pêcher, est susceptible d'appropriation particulière par un tiers, que celui-ci possède ou non des terres bordant le sol en question ou adjacentes à celui-ci.

G. V. La Forest a très clairement expliqué ce point dans *Water Law in Canada — The Atlantic Provinces, op. cit.*, à la p. 236, où il écrit:

[TRADUCTION] Bien que Ton jouisse généralement du droit de pêche en tant qu'attribut de la propriété du lit du cours d'eau, ce droit peut évidemment être transféré à des tiers au moyen d'un bail ou d'un permis. De plus, il peut être accordé ou réservé en cas de transfert, et exister en tant que droit de propriété distinct, disjoint de la propriété du sol.

Il va de soi que, même dans les cas où la présomption *ad medium filum aquae* s'applique par ailleurs, la pêcherie peut être disjointe de la propriété du lit de la rivière. La preuve présentée établit clairement que la Couronne n'avait pas l'intention d'accorder de pêcherie exclusive. En conséquence, il faut considérer que la pêcherie n'est pas comprise en cas de cession de tout titre sur un bien-fonds adjacent à une rivière, navigable ou non, même s'il était admis que la présomption

77

78

79

80

quence for this appellant is obvious. Even if the *ad medium filum aquae* should make the soil of the river bed part of the reserve, the explicit reservation of the fishery from the grant makes any by-law with respect to the fishery *ultra vires* the band's authority.

The Presumption is Rebutted

81 Any intent to grant the bed of the river has been conclusively rebutted. It will be remembered that the acreage of the reservation indicates an intention to exclude the river. In addition, the retention of the fishery by the Crown leads to the presumption that the bed of the river was retained by the Crown. As Coulson and Forbes point out at p. 368 in *The Law relating to Waters, supra*, the cases of *Marshall v. Ulleswater Steam Navigation Co., supra*, and *Holford v. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150 (reversed in the Exchequer Chamber on other grounds (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325), stand for the proposition that:

No doubt the allegation of a several fishery, *prima facie*, imports ownership of the soil, though they are not necessarily united.

82 As a result, it would appear that the common law as it existed at the time the reserve was allotted would lead to the conclusion that the presumption that the title to the bed of the river would pass with the allotment of the shore had been rebutted. There is no doubt that the Crown intended to keep the fishery in its own possession. Accordingly, the allotment of the shore cannot be presumed to have included the title to the bed of the river *ad medium filum aquae*. To the contrary, the presumption is that with the title to the fishery goes the title to the bed of the river. The appellant has failed to demonstrate any intention or action on the part of the Crown to rebut this presumption.

ad medium filum aquae était par ailleurs applicable. La conséquence pour l'appellant en l'espèce est évidente. Même si la présomption *ad medium filum aquae* avait pour effet de faire du lit de la rivière une partie de la réserve, la réservation explicite de la pêche dans le transfert rend tout règlement administratif de pêche *ultra vires* des pouvoirs de la bande.

La présomption est réfutée

L'existence de toute intention d'accorder le lit de la rivière a été réfutée de façon décisive. On se rappellera que la superficie de la réserve témoigne de l'intention d'exclure la rivière de celle-ci. En outre, le fait que la Couronne conserve la pêche fait naître la présomption qu'elle a également conservé le lit de la rivière. Comme le soulignent Coulson et Forbes, dans *The Law relating to Waters, op. cit.*, à la p. 368, les arrêts *Marshall c. Ulleswater Steam Navigation Co.*, précité, et *Holford c. Bailey* (1846), 8 Q.B. 1000, 115 E.R. 1150 (infirmé par la Chambre de l'Échiquier pour d'autres motifs (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325), appuient la thèse suivante:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que l'existence d'une pêche distincte implique, à première vue, la propriété du sol, même si ces deux éléments ne sont pas nécessairement réunis.

En conséquence, il semble que les règles de la common law, telles qu'elles existaient à l'époque de l'attribution de la réserve, portent à conclure que la présomption que le titre sur le lit de la rivière serait transmis du fait de l'attribution de la rive a été réfutée. Il ne fait pas de doute que la Couronne avait l'intention de conserver la possession de la pêche. Par conséquent, il est impossible de présumer que l'attribution de la rive incluait le titre sur le lit de la rivière *ad medium filum aquae*. Au contraire, suivant la présomption, le titre sur la pêche suit le titre sur le lit de la rivière. L'appellant n'a pas réussi à démontrer quelque intention ou action de la Couronne réfutant cette présomption.

It may now be helpful to summarize what I consider to be the relevant evidence and the applicable principles of law which determine the first issue.

1. The Crown in all of its manifestations was consistently clear in its statements that no exclusive fishery should be granted to Indian bands in British Columbia. This is consistent with the fact that the Crown had no power to grant an exclusive fishery, and that after Confederation this would involve the grant of provincial property.
2. The correct test for an assessment of navigability is to consider the entire length of the river. A section of the river which is non-navigable in fact does not necessarily render either the river as a whole or that section non-navigable in law if it is found to be substantially navigable throughout. The Bulkley River is navigable both above and below the Moricetown Canyon, and is therefore a navigable river.
3. The presumption *ad medium filum aquae* does not apply on the facts of this case because:
 - a. Correctly considered the river is navigable, and the application of *ad medium filum aquae* to navigable rivers was not adopted into the common law of British Columbia since it was unsuited to local conditions.
 - b. Fishing as a right can be the subject of a separate grant or reservation. On the facts of this case it is clear that the fishery was reserved from the allotment.

It follows that the band by-law does not apply to the Bulkley River.

It is now necessary to determine whether the appellant's s. 35 rights were infringed by the licensing requirement of the Department of Fisheries and Oceans. If they were not, it still must be considered whether the conditions of the licence

Il pourrait être utile, à ce moment-ci, de résumer ce que j'estime être les éléments de preuve pertinents et les principes de droit applicables pour trancher la première question:

1. Chaque fois qu'elle s'est exprimée, la Couronne a toujours clairement indiqué qu'aucune pêche exclusive ne devait être accordée aux bandes indiennes en Colombie-Britannique. Cette constatation est compatible avec le fait que la Couronne n'avait pas le pouvoir d'accorder de pêche exclusive, et qu'après la Confédération, une telle mesure aurait impliqué la cession d'un bien provincial.
2. Le bon critère pour apprécier la navigabilité d'une rivière consiste à considérer ce cours d'eau dans son ensemble. Si une partie de la rivière n'est pas navigable dans les faits, cela n'a pas pour effet de rendre l'ensemble de la rivière ou la partie en question non navigable au sens juridique, s'il est jugé que la rivière est en grande partie navigable sur toute sa longueur. La rivière Bulkley étant navigable tant en amont qu'en aval du canyon de Moricetown, elle est donc une rivière navigable.
3. Compte tenu des faits de l'espèce, la présomption *ad medium filum aquae* ne s'applique pas, et ce pour les raisons suivantes:
 - a. Suivant l'examen approprié, la rivière est navigable; de plus, le principe de l'application de la présomption *ad medium filum aquae* aux rivières navigables n'a pas été adopté dans la common law de la Colombie-Britannique puisque cette règle n'était pas adaptée aux conditions locales.
 - b. Le droit de pêche peut faire l'objet d'une attribution ou réservation distincte. Il ressort clairement des faits de l'espèce que la pêche a été réservée au moment de l'attribution.

Il s'ensuit que le règlement administratif de la bande ne s'applique pas à la rivière Bulkley.

Il est maintenant nécessaire de décider si l'obligation d'obtenir un permis qui est imposée par le ministère des Pêches et des Océans a porté atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'art. 35. Dans la négative, il faut ensuite se demander si les con-

infringe the s. 35 rights and if so whether they can be justified.

Was the Appellant's Section 35 Right to Fish for Food Violated by the Licensing Requirement of the Department of Fisheries and Oceans!

Does Licensing Constitute a Prima Facie Violation of Section 35?

86 The appellant contends that the mere requirement of a licence constitutes a *prima facie* infringement of his s. 35 aboriginal rights. This section of the *Constitution Act, 1982* provides:

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

87 It was held in *Sparrow, supra*, at p. 1112, that the onus of establishing a *prima facie* infringement of an aboriginal right rests on the claimant of that right.

88 The first step in this process is to establish the existence and the extent of the aboriginal right. I am satisfied that the appellant has successfully demonstrated an aboriginal right to fish for food and ceremonial purposes. The Summary Conviction Appeal Judge, Millward J., specifically found in oral reasons from judgment dated July 12, 1990 that:

... the aboriginal right includes the right to choose the period of time, whether early in the year when the ice is still in the river, or after the end of August, up to a date in September, when steelhead are normally taken, the right to select persons intended to be the recipients of the fish for ultimate consumption, the right to select the purpose for which the fish is to be used, that is, for food or ceremonial or religious purposes, and the method or manner of fishing—

(*? v. NikaU* [1991] 1 C.N.L.R. 162, at p. 167.)

89 This, based on the evidence, is an appropriate finding as to the scope of the aboriginal rights of the Wet'suwet'en people with respect to the fishery

conditions du permis portent atteinte à ces droits et, si oui, si cette atteinte peut être justifiée.

Uobligation d'obtenir un permis qui est imposée par le ministère des Pêches et des Océans a-t-elle porté atteinte au droit de pêcher pour se nourrir garanti à l'appellant par l'art. 35?

La délivrance de permis constitue-t-elle à première vue une atteinte à l'article 35?

L'appellant prétend que le seul fait d'exiger un permis constitue à première vue une atteinte aux droits ancestraux que lui garantit l'art. 35. Cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ceci:

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

Dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1112, il a été jugé qu'il incombe à la personne revendiquant un droit ancestral d'établir qu'il a été porté atteinte à première vue à ce droit.

La première étape de cette analyse consiste à établir l'existence et la portée du droit ancestral. Je suis convaincu que l'appellant a réussi à démontrer l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires et rituelles. Le juge d'appel Millward des poursuites sommaires a explicitement conclu ainsi, dans un jugement oral rendu le 12 juillet 1990:

[TRADUCTION]... le droit ancestral inclut le droit de choisir la période de pêche, que ce soit au début de l'année lorsque la rivière est encore gelée, ou après le mois d'août, jusqu'à une date donnée au mois de septembre, lorsque les truites arc-en-ciel sont normalement prises, le droit de désigner les personnes à qui on entend remettre le poisson pour qu'elles le consomment en bout de ligne, le droit de choisir à quelles fins le poisson servira — savoir à des fins alimentaires, rituelles ou religieuses — et la façon de pêcher ou les méthodes utilisées...

(*R. c. Nikal*, [1991] 1 C.N.L.R. 162, à la p. 167.)

À la lumière de la preuve, il s'agit là d'une conclusion appropriée pour ce qui est de la portée des droits ancestraux du peuple Wet'su wet'en sur la

subject to one qualification. Specifically, the selection of the ultimate recipients of the fish is not an unqualified right. Rather, the evidence adduced went no farther than establishing that the appellant as a Wet'suwet'en had the right to provide to other members of the band those fish that are necessary for their personal food and ceremonial needs. I take no position as to whether the right extends beyond that.

I cannot accept Millward J.'s finding that the appellant has a right not to comply with the directions of the Department of Fisheries and Oceans. This finding is not supported by the evidence, nor is it sustainable in law. Moreover, this conclusion, if not conceded, was not seriously contested by the appellant.

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

This position cannot be correct. It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group is necessarily limited by the rights of another. The ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is perhaps the prime example of this principle. Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society. On this issue the reasons of Blair J.A. in *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (C.A.), at p. 524, are per-

pêcherie, à une réserve près toutefois. En effet, le droit de décider quelles sont les personnes qui recevront le poisson en bout de ligne n'est pas un droit absolu. Au contraire, la preuve présentée a simplement permis d'établir que l'appellant, en tant que Wet'suwet'en, a le droit de fournir à d'autres membres de la bande le poisson nécessaire pour satisfaire leurs besoins alimentaires et rituels. Je n'exprime aucune opinion quant à la question de savoir si ce droit a une portée plus large.

Je ne peux souscrire à la constatation du juge Millward que l'appellant a le droit de ne pas se conformer aux ordres du ministère des Pêches et des Océans. Cette constatation n'est pas étayée par la preuve et elle n'est pas soutenable en droit. En outre, même si l'appellant n'a pas concédé ces conclusions, il ne les a pas sérieusement contestées.

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

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

90

91

92

suasive and convincing. He recognized the need for a balanced approach to limitations on treaty rights, stating:

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

93 This conclusion is consistent with the approach to interpreting s. 35 rights as set out in *Sparrow*, *supra*, at p. 1110:

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. [Emphasis added.]

94 This case provides an example of the wisdom of the reasoning referred to in *Sparrow* and *Agawa*. Here, the aboriginal right to fish must be balanced against the need to conserve the fishery stock. The existence of an aboriginal right to fish cannot automatically deny the ability of the government to set ijj a licensing scheme or program since the exercise of the right itself is dependant on the continued existence of the resource. The very right to fish would in time become meaningless if the government could not enact a licensing scheme which could form the essential foundation of a conservation program.

Blair dans l'arrêt *R. c. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505 (Ont.), à la p. 524, sont persuasifs et convaincants. Il y a reconnu la nécessité d'appliquer une analyse équilibrée en matière de restriction des droits issus de traités, déclarant ceci:

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

Cette conclusion est compatible avec l'approche applicable pour interpréter les droits garantis par l'art. 35, qui a été formulée dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1110:

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. [Je souligne.]

La présente affaire illustre bien la sagesse du raisonnement énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Agawa*. En l'espèce, il faut mettre en équilibre le droit ancestral de pêcher et la nécessité de conserver les ressources halieutiques. L'existence d'un droit ancestral de pêcher ne peut automatiquement priver le gouvernement de la capacité de mettre sur pied un régime ou programme de délivrance de permis, car l'exercice du droit lui-même dépend de la survie de ces ressources. Le droit même de pêcher perdrait avec le temps tout son sens si le gouvernement ne pouvait adopter un régime de délivrance de permis susceptible de constituer l'assise essentielle d'un programme de conservation.

It must also be remembered that aboriginal rights, by definition, can only be exercised by aboriginal peoples. Moreover, the nature and scope of aboriginal rights will frequently be dependant upon membership in particular bands who have established particular rights in specific localities. In this context, a licence may be the least intrusive way of establishing the existence of the aboriginal right for the aboriginal person as well as preventing those who are not aboriginals from exercising aboriginal rights.

The situation presented in this case pertaining to s. 35 aboriginal rights is analogous to the mobility rights guaranteed under s. 6(1) of the *Charter*. That section guarantees the right of every citizen of Canada to enter, remain in and leave Canada. This right, by definition, is limited to citizens of Canada, and its enforcement requires some means of identifying Canadian citizens. Accordingly, a requirement that citizens present a passport to enter Canada would not be an infringement of their mobility rights since the passport serves to identify those who can exercise the rights of Canadian citizens.

This is not to say that there are not conditions of the licence which could constitute infringements of s. 35 rights. Even a simple licence could constitute an infringement if it could only be obtained with great difficulty or expense. The test for this assessment has been set out clearly in *Sparrow*, beginning at p. 1111:

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right. If it does have such an effect, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1).

The questions which must be resolved in order to determine whether a *prima facie* infringement has occurred are set out at p. 1112:

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be

Il faut également se rappeler que, par définition, les droits ancestraux ne peuvent être exercés que par les peuples autochtones. En outre, la nature et la portée des droits ancestraux dépendent fréquemment de l'appartenance à une bande particulière ayant établi l'existence de certains droits dans une localité donnée. Dans ce contexte, un permis peut constituer le moyen le moins attentatoire d'établir l'existence du droit ancestral en faveur des autochtones et d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux.

La situation qui se présente en l'espèce relativement aux droits ancestraux protégés par l'art. 35 est analogue à la liberté de circulation garantie au par. 6(1) de la *Charte*. Ce paragraphe garantit à tout citoyen canadien le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Par définition, ce droit est limité aux citoyens canadiens et, pour en assurer le respect, il est nécessaire d'appliquer certains moyens permettant d'identifier les citoyens canadiens. Par conséquent, exiger des citoyens qu'ils présentent leur passeport pour entrer au Canada ne serait pas une atteinte à leur liberté de circulation, puisque le passeport sert à identifier ceux qui peuvent exercer les droits appartenant aux citoyens canadiens.

Cela ne revient pas à dire que l'une ou l'autre des conditions prévues par le permis ne pourrait pas constituer une atteinte aux droits garantis par l'art. 35. Même un simple permis pourrait constituer une atteinte, s'il n'est possible de l'obtenir qu'à grands frais ou avec beaucoup de difficultés. Le critère applicable pour apprécier l'existence d'une telle atteinte a été énoncé clairement dans l'arrêt *Sparrow*, à partir de la p. 1111:

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1).

Les questions qu'il faut trancher pour déterminer s'il y a atteinte à première vue sont formulées à lap. 1112:

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement,

95

96

97

98

asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving *Si prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation.

99 Applying these tests to the facts of this case reveals that the licence itself, as distinct from its conditions, does not constitute an infringement of s. 35(1). The simple requirement of a licence is not in itself unreasonable; rather, it is necessary for the exercise of the right itself. Accordingly the first question, is licensing unreasonable, must be answered in the negative.

100 The second question is whether the regulation imposes an undue hardship. The term "undue hardship" implies that a situation exists which imposes something more than mere inconvenience. It follows that a licence which is freely and readily available cannot be considered an undue hardship. The situation might be different if, for example, the licence could only be obtained at locations many kilometres away from the reserve and accessible only at great inconvenience or expense.

101 The final question is whether the right holder is denied the preferred means of exercising the right. The licence by itself, without its conditions, cannot affect the preferred means of exercising the right since at its most basic it is nothing more than a form of identification. Requiring identification so as to assist fisheries officers in distinguishing rights holders from non-rights-holders cannot be an interference with the preferred means of exercising the right. It follows that the licence itself, without considering its conditions, cannot be said to constitute an infringement of the aboriginal right to fish. Thus the mere requirement of a licence in the circumstances of this case does not amount to an infringement of the appellant's s. 35 rights.

la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue.

L'application de ces critères aux faits de l'espèce révèle que le permis lui-même, par opposition aux conditions dont il est assorti, ne constitue pas une atteinte au par. 35(1). La simple obligation d'être titulaire d'un permis n'est pas en soi déraisonnable, mais au contraire nécessaire à l'exercice du droit lui-même. En conséquence, il faut répondre par la négative à la première question, soit celle de savoir si la délivrance de permis est une mesure déraisonnable.

La seconde question consiste à déterminer si le règlement est indûment rigoureux. Pour qu'une situation soit «indûment rigoureuse», elle doit causer plus qu'un simple inconvénient. Il s'ensuit qu'un permis gratuit et facile à obtenir ne peut être considéré comme étant une mesure indûment rigoureuse. La situation pourrait être différente si, par exemple, il n'était possible de se procurer le permis que dans des endroits situés à de nombreux kilomètres de la réserve et accessibles uniquement à grands frais ou au prix de sérieux inconvénients.

La dernière question est de savoir si le règlement prive le titulaire du droit en cause de la possibilité de recourir à ses moyens préférés pour l'exercer. Le permis lui-même, indépendamment de ses conditions, ne peut gêner l'exercice du droit par les moyens préférés puisque, essentiellement, il n'est rien d'autre qu'un moyen d'identification. Le fait d'obliger les pêcheurs à s'identifier, de façon à permettre aux agents des pêches de distinguer ceux qui sont titulaires du droit de ceux qui ne le sont pas, ne peut constituer une entrave à l'exercice de ce droit par les moyens préférés. Il s'ensuit qu'il est impossible d'affirmer que, indépendamment de ses conditions, le permis lui-même constitue une atteinte au droit ancestral de pêcher. Ainsi, dans les circonstances de l'espèce, le simple fait d'exiger un permis ne constitue pas une atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art; 35.

Indeed as a general rule it can be said that the simple requirement of a licence will seldom constitute a *prima facie* infringement of the s. 35 aboriginal right to fish. If the salmon fishery is to survive, there must be some control exercised by a central authority. It is the federal government which will be required to manage the fishery and see to the improvement and the increase of the stock of that fishery. It is for the federal government to ensure that all users who are entitled to partake of the salmon harvest have the opportunity to obtain an allotment pursuant to the scheme of priorities set out in *Sparrow*. Any system of control must commence with a licensing scheme. It is through the issuing of licences to the various type of users that the department will be able to know at least the numbers of fishers and the categories of those that are fishing. This will provide the first rough basis from which the department can make the estimates necessary to manage the fishery resource. The licence is the essential first step in the preservation and management of this fragile resource. This need to manage the stock goes far further than simply preventing the elimination of the salmon. Management imports a duty to maintain and increase reasonably the resource. The licence assists this duty by providing a means of identification that helps to ensure that only those permitted to do so are fishing in the authorized areas. It serves as a means of control by eliminating those that do not have a licence from fishing.

The Specific Terms of this Licence

Although licensing by itself will not as a rule constitute a *prima facie* infringement of the aboriginal right to fish, the government will be required to justify those conditions of a licence which on their face infringe the s. 35 right to fish. The 1986 licence at issue in this case contains several conditions. Some of these printed on the licence itself are mandatory. Others are completed

De fait, il est possible d'affirmer que, en règle générale, le seul fait d'exiger l'obtention d'un permis constituera rarement une atteinte à première vue au droit ancestral de pêche garanti par l'art. 35. Pour que la pêche au saumon survive, il faut qu'une autorité centrale exerce une certaine forme de surveillance. C'est au gouvernement fédéral qu'il incombera de gérer la pêcherie et de voir à l'amélioration et à l'augmentation des stocks de poisson dans celle-ci. Il appartient au gouvernement fédéral de faire en sorte que tous les utilisateurs ayant droit à une part de la récolte de saumon aient la possibilité de l'obtenir, conformément à l'ordre de priorité établi dans l'arrêt *Sparrow*. Tout mécanisme de surveillance s'appuie normalement sur un régime de délivrance de permis. La délivrance de permis aux différentes catégories d'utilisateurs permet au ministère de savoir à tout le moins combien il y a de pêcheurs dans ces catégories. Par ce moyen, le ministère recueille les données de base à partir desquelles il peut faire les estimations nécessaires à la gestion des ressources de la pêcherie. Le permis est la première étape essentielle en vue de la conservation et de la gestion de cette ressource fragile. La nécessité de gérer les stocks exige beaucoup plus que le simple fait d'empêcher la disparition du saumon. En effet, la gestion emporte l'obligation de maintenir les stocks de cette ressource et de les accroître raisonnablement. Le permis aide à s'acquitter de cette obligation en offrant un moyen d'identification qui permet de veiller à ce que seules les personnes autorisées à le faire pêchent dans les endroits prévus. Il sert de mécanisme de surveillance en empêchant celles qui ne sont pas titulaires d'un permis de pêche de pratiquer cette activité.

Les conditions particulières du permis en question

Bien que, en règle générale, la délivrance de permis ne constitue pas en soi une atteinte à première vue au droit ancestral de pêcher, le gouvernement est tenu de justifier les conditions prévues par un permis qui, à la simple lecture de leur texte, portent atteinte au droit de pêche garanti par l'art. 35. Le permis de 1986, en litige dans le présent cas, comporte plusieurs conditions. Certaines des

by the issuing fishery officer and are discretionary. Of the mandatory conditions printed on the face of the licence, some are clearly *prima facie* infringements of the aboriginal right of the appellant as properly found by the courts below. The infringing conditions are:

(i) the restriction of fishing to fishing for food only;

(ii) notes 4 and 5 of the licence, which provide:

4. Fishing Time Subject to Change by Public Notice.

5. Indian Food Fishing before July 1st and after September 30th must be licenced by the Provincial Fish & Wildlife Conservation Officer.

(iii) the restriction to fishing for the fisher and his family only;

(iv) the restriction to fishing for salmon only.

104 These conditions are *prima facie* infringements of the appellant's aboriginal rights, which were specifically and correctly found to include:

(i) the right to determine who within the band will be the recipients of the fish for ultimate consumption;

(ii) the right to select the purpose for which the fish will be used, i.e. food, ceremonial, or religious purposes;

(iii) the right to fish for steelhead;

(iv) the right to choose the period of time to fish in the river.

Since those conditions of the licence set out above clearly impinge upon these aspects of the appel-

conditions figurant sur le permis ont un caractère obligatoire, alors que d'autres, qui y sont ajoutées par l'agent des pêches qui délivre le permis, ont un caractère discrétionnaire. Parmi les conditions obligatoires figurant sur le permis certaines sont clairement des atteintes à première vue au droit ancestral de l'appellant, comme l'ont à juste titre conclu les juridictions inférieures. Les conditions attentatoires sont les suivantes:

(i) la pêche ne peut être pratiquée qu'à des fins alimentaires;

(ii) les remarques 4 et 5 figurant sur le permis, qui sont rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

4. La période de pêche peut être modifiée par avis public.

5. Les Indiens qui pratiquent la pêche à des fins alimentaires entre le 30 septembre et le 1^{er} juillet doivent détenir un permis délivré par l'agent provincial de conservation de la faune et du poisson.

(iii) le pêcheur ne peut pratiquer la pêche que pour lui-même et sa famille;

(iv) seule la pêche au saumon peut être pratiquée.

Ces conditions constituent à première vue des atteintes aux droits ancestraux de l'appellant, qui ont à juste titre été spécifiquement définis comme incluant les aspects suivants:

(i) le droit de désigner les membres de la bande qui recevront le poisson pour le consommer en bout de ligne;

(ii) le droit de décider à quelles fins sera utilisé le poisson, savoir à des fins alimentaires, rituelles ou religieuses;

(iii) le droit de pêcher la truite arc-en-ciel;

(iv) le droit de décider à quel moment pêcher dans la rivière.

Comme les conditions du permis décrites précédemment empiètent clairement sur ces aspects des

lant's s. 35 rights, they must constitute *prima facie* infringements.

In addition, there are other terms of the licence which could be infringements if they contradicted the appellant's aboriginal rights. These terms provide for:

- (i) the prescribed waters in which fishing can take place;
- (ii) the type of gear which can be used;
- (iii) the fishing times and days.

With respect to these conditions, whether they will constitute an infringement depends on whether the particular conditions written in by the fishery officer contradict the appellant's s. 35 rights. I would note that Millward J. did find that the appellant's aboriginal rights include the right to determine when fishing will occur and the method and manner of fishing. Accordingly, these conditions may, depending on their terms, infringe the appellant's aboriginal rights.

There was little or no argument directed to the other conditions attached to the licence. Accordingly, I have not reached any conclusions nor made any comments concerning them.

Before turning to the issue of justification, I must address the respondent's argument that these conditions are valid since they were not enforced. I cannot accept this argument. It has long been recognized that the holder of a constitutional right need not rely upon the exercise of prosecutorial discretion and restraint for the protection of the right. That submission cannot therefore be accepted. See for example *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4. Indeed, counsel for the respondent conceded that there might be some problems with the conditions that were attached to the 1986 licence and reserved his strongest submissions for the position that the requirement of a

droits garantis à l'appelant par l'art. 35, elles doivent constituer à première vue des atteintes à ces droits.

En outre, le permis est assorti d'autres conditions qui pourraient être attentatoires si elles entraient en conflit avec les droits ancestraux de l'appelant. Ces conditions portent sur les aspects suivants:

- (i) la désignation des eaux où la pêche peut être pratiquée;
- (ii) le type d'engins de pêche pouvant être utilisés;
- (iii) les jours et les heures de pêche.

En ce qui concerne ces conditions, la question de savoir si elles constitueront une atteinte dépend de celle de savoir si les conditions particulières inscrites par l'agent des pêches entrent en conflit avec les droits garantis à l'appelant par l'art. 35. Je tiens à souligner que le juge Millward a bel et bien conclu que les droits ancestraux de l'appelant incluent celui de choisir à quel moment la pêche sera pratiquée, ainsi que la façon de le faire et les méthodes qui seront utilisées. Par conséquent, ces conditions peuvent, selon leur libellé, porter atteinte aux droits ancestraux de l'appelant.

Très peu d'arguments, voire aucun, ont été présentés relativement aux autres conditions assortissant le permis. En conséquence, je n'ai formulé ni observation ni conclusion à leur égard.

Avant d'aborder la question de la justification, je dois examiner l'argument de l'intimée que ces conditions sont valides puisqu'elles n'ont pas été appliquées. Je ne peux accepter cet argument. Il est depuis longtemps reconnu que le titulaire d'un droit constitutionnel n'a pas, pour jouir de la protection de ce droit, à compter que le ministère public fera montre de retenue dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Cet argument ne peut donc être retenu. Voir, par exemple, *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, aux pp. 103 et 104. De fait, l'avocat de l'intimée a concédé qu'il était possible que les conditions dont était assorti le permis de 1986 soulèvent certains

105

106

107

108

licence in itself did not constitute a *prima facie* infringement of the s. 35 aboriginal right to fish. In that submission he was correct.

Justification

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

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

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

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

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

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

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

problèmes, et il s'est surtout attaché à plaider que l'obligation de détenir un permis ne constitue pas en soi une atteinte à première vue au droit ancestral de pêche garanti par l'art. 35. Sur ce point, il avait raison.

Justification

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

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

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

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

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

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

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

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

It can, I think, properly be inferred that the concept of reasonableness forms an integral part of the *Sparrow* test for justification. For example, in these last questions reasonableness will be a necessary aspect of the inquiry as to justification. For instance, when considering whether there has been as little infringement as possible, the infringement must be looked at in the context of the situation presented. So long as the infringement was one which in the context of the circumstances presented could reasonably be considered to be as minimal as possible then it will meet the test. The mere fact that there could possibly be other solutions that might be considered to be a lesser infringement should not, in itself, be the basis for automatically finding that there cannot be a justification for the infringement. So too in the aspects of information and consultation the concept of reasonableness must come into play. For example, the need for the dissemination of information and a request for consultations cannot simply be denied. So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement. This is no more than recognizing that regulations pertaining to conservation may have to be enacted expeditiously if a crisis is to be avoided. On occasion, strict and expeditious conservation measures will have to be taken if potentially catastrophic situations are to be avoided. The nature of the situation will have to be taken into account in assessing the conservation measures taken. The greater the urgency and the graver the situation the more reasonable strict measures may appear.

In the case at bar, the government did not adduce any evidence which might justify the conditions of the licence and accordingly has not met the onus which rests upon it. It follows that the government has failed to justify those conditions

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

À mon avis, on peut à juste titre inférer que le concept du caractère raisonnable fait partie intégrante du critère de justification établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ainsi, dans ces dernières questions, le caractère raisonnable sera un aspect nécessaire de l'analyse de la justification. Par exemple, pour décider si on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, il faut examiner l'atteinte dans le contexte de la situation qui se présente. Dans la mesure où, compte tenu de ces circonstances, il est raisonnablement possible de considérer qu'on a porté atteinte le moins possible aux droits en cause, alors cette atteinte respecte le critère. Le simple fait qu'il pourrait y avoir d'autres solutions susceptibles d'être jugées moins attentatoires ne devrait pas en soi être une raison de conclure automatiquement que l'atteinte ne peut être justifiée. Le concept du caractère raisonnable doit également entrer en jeu pour ce qui est des aspects qui concernent l'information et la consultation. Par exemple, on ne peut se contenter de faire abstraction de la nécessité de diffuser des renseignements ni de l'existence d'une demande de consultation. Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. On ne fait là tout au plus que reconnaître la possibilité que des règlements en matière de conservation doivent être pris rapidement afin d'éviter une crise. En effet, des mesures de conservation strictes devront à l'occasion être prises de manière expéditive pour éviter des situations potentiellement catastrophiques. Il faudra tenir compte de la nature de la situation dans l'appréciation des mesures de conservation ainsi prises. Plus la situation sera grave et urgente, plus des mesures strictes paraîtront raisonnables.

En l'espèce, comme le gouvernement n'a présenté aucune preuve susceptible de justifier les conditions fixées par le permis, il ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombe. Il n'a donc pas justifié les conditions que j'ai mentionnées et

that I have referred to which infringe the appellant's aboriginal rights.

112

What then is the appropriate disposition of this appeal? It is clear that the federal government may validly require aboriginal people to obtain a fishery licence pursuant to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. It is also apparent that at least four of the mandatory conditions of the licence infringe the s. 35(1) rights of the appellant. The conditions make the 1986 licence invalid. They are an integral and essential part of the licence. They stipulate the conditions or terms upon which the licence is issued and the holder may use it. A licence holder is required to abide by the conditions. The licence is issued on that basis. The conditions are unconstitutional. As a result of the conditions the licence is invalid. It follows that there cannot be an offence created of fishing without a licence in 1986. The licence as issued in 1986 pursuant to s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is as invalid as any other act or regulation which is found to be unconstitutional or *ultra vires*. It has always been held that an invalid act or regulation cannot create an offence. See for example *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, and *R. v. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302 (C.A.). This dictates the result that there must be an acquittal.

113

The licence and its integral conditions are so inextricably bound together that they cannot be considered separately. They are part of an indivisible whole. If I am correct in this conclusion it is not necessary to consider whether the conditions are in fact severable. If I am in error, however, on this I would hold that the conditions were not severable. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that:

52, (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

qui portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant.

En conséquence, quel doit être le dispositif du présent pourvoi? Il est évident que le gouvernement fédéral peut valablement obliger les autochtones à se procurer un permis de pêche conformément au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Il est également évident qu'au moins quatre des conditions obligatoires figurant sur le permis portent atteinte aux droits garantis à l'appelant par le par. 35(1). Ces conditions rendent le permis de 1986 invalide. Elles sont une partie intégrante et essentielle de celui-ci. Elles précisent les modalités de délivrance du permis et de son utilisation par le titulaire, qui doit se conformer à ces conditions. Le permis est délivré sur ce fondement. Les conditions en question sont inconstitutionnelles. En raison de ces conditions, le permis est invalide. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir eu création de l'infraction d'avoir pêché sans permis en 1986. Le permis délivré en 1986, conformément au par. 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, est invalide au même titre que le serait toute autre mesure législative ou réglementaire jugée inconstitutionnelle ou *ultra vires*. Il a constamment été jugé qu'une mesure législative ou réglementaire invalide ne peut créer d'infraction. Voir, par exemple, *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, et *R. c. Bob* (1991), 88 Sask. R. 302 (C.A.). Cette conclusion commande un acquittement.

Le permis et les conditions qui en font partie intégrante sont si inextricablement liés qu'ils ne peuvent être examinés séparément. Ils forment un tout indivisible. Si ma conclusion sur ce point est juste, il n'est alors pas nécessaire de décider si les conditions sont, en fait, dissociables. En revanche, si j'ai tort, je suis d'avis que les conditions n'étaient pas dissociables. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 697. Lamer CJ. interpreted the section as meaning:

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized. However, there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are. This concern is reflected in the classic[^] statement of the test for severance in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

In my view, when the purpose of this particular licence is considered together with the number of mandatory conditions which infringe the appellant's aboriginal rights, severability can be seen to be an unacceptable option. The invalid conditions are numerous. They are mandatory and form an integral part of the licence itself. The licence required that the conditions be met, which is to say that the holder of the licence was required to comply with its conditions. I cannot see that this licence can be severed from its invalid mandatory conditions. Further, from a practical point of view it is significant that the licences at issue were created and used before the government had the benefit of this Court's judgment in *Sparrow*. Crown counsel advised that as a result these particular licences are no longer in use. Accordingly, a declaration that the entire licence is invalid is appropriate both legally and practically.

There can be no question that an enactment that breaches the Constitution is invalid and cannot impose any enforceable duties. See for example *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886), at

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 697, le juge en chef Lamer a interprété ainsi cette disposition:

Si la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif. Toutefois, dans certains cas, la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l'objectif législatif que l'annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives, mais qui sont étroitement liées à celles qui le sont. Cette préoccupation se reflète dans l'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation mentionné dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518:

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on Ta dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

À mon avis, si on examine l'objet du permis en cause en corrélation avec les différentes conditions obligatoires y figurant qui portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, la dissociation peut être considérée comme une solution inacceptable. Les conditions invalides sont nombreuses. Elles sont obligatoires et font partie intégrante du permis lui-même. Le permis exigeait que ces conditions soient respectées, ce qui revient à dire que son titulaire devait s'y conformer. Je ne vois pas comment ce permis pourrait être dissocié de ses conditions obligatoires invalides. En outre, d'un point de vue pratique, il importe de signaler que les permis en cause ont été créés et utilisés avant que le gouvernement ait pu profiter de l'arrêt de notre Cour dans *Sparrow*. L'avocat du ministère public a indiqué que, par suite de cet arrêt, ce genre de permis n'est plus utilisé. En conséquence, il convient, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, de déclarer le permis au complet invalide.

Il ne saurait faire de doute qu'un texte de loi portant atteinte à la Constitution est invalide et ne peut imposer d'obligations exécutoires. Voir, par exemple, *Norton c. Shelby County*, 118 U.S. 425

p. 442; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1195.

117

Accordingly, the appellant must be acquitted of the charge of fishing without a licence contrary to s. 4(1) since the licence conditions infringed his aboriginal rights and the licence was therefore unconstitutional.

Disposition

118

In the result, the appeal is allowed. The question as to whether the band's fishing by-law applies to the Bulkley River at Moricetown must be answered in the negative. The question as to whether the licence requirement under s. 4(1) is an infringement of the appellant's aboriginal rights contrary to s. 35 must also be answered in the negative. As a result of my answer to these two questions, and for the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

Answer: Section 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* is not invalid by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant. However, the mandatory conditions affixed to the 1986 licence infringe the appellant's aboriginal rights and are not severable and the licence is therefore invalid.

(1886), à la p. 442; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1195.

En conséquence, l'appelant doit être acquitté de l'accusation d'avoir pêché sans permis, en contravention du par. 4(1), étant donné que les conditions du permis portaient atteinte à ses droits ancestraux, et que le permis était par conséquent inconstitutionnel.

Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli. Il faut répondre non à la question de savoir si le règlement administratif de pêche de la bande s'applique à la rivière Bulkley, à la hauteur de Moricetown. Il faut également répondre non à la question de savoir si l'obligation de détenir un permis qui est prévue au par. 4(1) constitue une atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, incompatible avec l'art. 35. Étant donné ma réponse à ces questions, et pour les motifs prononcés précédemment, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu' il invoque?

Réponse: Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* n'est pas invalide par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelant. Toutefois, les conditions obligatoires figurant sur le permis de 1986 portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant et ne sont pas dissociables, de sorte que le permis est invalide.

The order of the Court of Appeal of British Columbia convicting the appellant must be set aside and his acquittal restored. There will be no costs to either party.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — The issue in this case is whether the requirement that the appellant have a licence for fishing was *per se* unconstitutional. I agree with the majority of the Court of Appeal and with Justice Cory in this Court that the requirement of a licence did not constitute a *prima facie* infringement of the appellant's constitutionally protected right to fish for food.

This leaves the issue of whether the conditions attached to the licence are unconstitutional. In my view, this issue is not properly before us. The appellant was not charged with violation of the conditions of the licence, but with fishing without a licence. The trial proceeded on the basis that it was the licensing scheme as a whole which was invalid. The issue, as Hutcheon J.A. stated expressly in the Court of Appeal, was whether the act of licensing *per se* was unconstitutional, not the terms of the particular licence at issue.

This court, *per* Cory J., today endorses the view of the trial judge and the majority of the Court of Appeal below that the state is entitled to impose a licensing scheme on the aboriginal fishing and consequently require that the appellant obtain a licence as a condition of fishing. However, the majority goes on to conclude that because four of the conditions attached to the licence infringe his aboriginal rights, the requirement for the particular licence in this case is unconstitutional and that the appellant's conviction for failure to have a licence must be set aside.

I do not share this conclusion. The fact that four of the conditions are invalid does not excuse the

L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclarant l'appellant coupable doit être annulée, et l'acquittal de ce dernier doit être rétabli. Aucune des parties n'aura droit aux dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — La question en l'espèce est de savoir si l'obligation faite à l'appelant d'obtenir un permis de pêche était en soi inconstitutionnelle. Je suis d'accord avec les juges de la majorité de la Cour d'appel de même qu'avec le juge Cory de notre Cour que cette obligation ne constitue pas à première vue une atteinte au droit de pêcher pour se nourrir qui est garanti à l'appelant par la Constitution.

Il reste à se demander si les conditions dont est assorti le permis sont inconstitutionnelles. À mon avis, nous n'avons pas été saisis de cette question. L'appelant n'a pas été accusé d'avoir enfreint les conditions prévues par le permis, mais plutôt d'avoir pêché sans permis. Au procès, la thèse examinée était que le régime de délivrance de permis dans son ensemble était invalide. La question en litige, ainsi que l'a dit expressément le juge Hutcheon en Cour d'appel, était de savoir si le fait de délivrer des permis, et non les conditions assortissant ces permis, était en soi inconstitutionnel.

Notre Cour, sous la plume du juge Cory, souscrit aujourd'hui à l'opinion du juge de première instance et des Juges de la majorité de la Cour d'appel que l'Etat a le droit d'assujettir à un régime de délivrance de permis les activités de pêche autochtones et, par conséquent, d'exiger de l'appelant qu'il obtienne un permis de pêche. Cependant, la majorité poursuit en concluant que, comme quatre des conditions dont est assorti le permis portent atteinte aux droits ancestraux de l'appelant, l'obligation d'obtenir le permis visé en l'espèce est inconstitutionnelle et la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant pour avoir pêché sans permis doit être annulée.

Je ne partage pas cette conclusion. Le fait que quatre des conditions prévues soient invalides

119

120

121

122

123

appellant on a charge of fishing without a licence. If the charge had been violation of one of the conditions of the licence, proof that the condition was unconstitutional would have afforded a defence to that charge. But the unconstitutionality of a condition of a licence does not, in my view, absolve the appellant from the need to obtain a licence at all.

124 Cory J. asserts that the invalidity of licence conditions excuses a person from obtaining the licence required by law, provided the condition is "integral" to the licence. I cannot accept this proposition. Can a chemical plant be excused from obtaining a licence to emit a polluting chemical merely because it can show that one or more of the conditions imposed by the licence are invalid? Can a person over a certain age be excused from obtaining a licence to drive a motor vehicle merely because he or she deems an age-related restriction to violate the provincial Human Rights Code? I think not. And if we say that the conditions are "integral" to the licence, does the situation change? Again I think not.

125 It is important, in my view, to distinguish between the charge of failing to obtain a licence required by a valid licensing scheme, and breach of one of the conditions of the licence. This appeal presents us with a quasi-criminal offence. The appellant has been charged with failing to obtain a licence required by law. His defence is that the state has no right to require him to obtain a licence. The trial judge, the majority of the Court of Appeal, and this Court unanimously have ruled that the state does have the right to require him to obtain a licence. That issue having been resolved against him, the appellant stands properly convicted of fishing without the required licence.

126 The situation would have been different had the appellant been charged with violating one of the

n'excuse pas l'appellant relativement à l'accusation d'avoir pêché sans permis. S'il avait été accusé d'avoir enfreint une des conditions du permis, la preuve que la condition en question était inconstitutionnelle aurait constitué un moyen de défense contre cette accusation. Cependant, je suis d'avis que l'inconstitutionnalité d'une condition du permis ne dispense aucunement l'appellant de l'obligation d'obtenir un permis.

Le juge Cory affirme que l'invalidité des conditions prévues par un permis dispense une personne de l'obligation d'obtenir le permis requis par la loi, si ces conditions font «partie intégrante» du permis. Je ne peux accepter cette proposition. Peut-on exempter une entreprise fabriquant des produits chimiques de l'obligation d'obtenir un permis autorisant l'émission d'un polluant chimique simplement parce qu'elle est en mesure d'établir qu'une ou plusieurs des conditions fixées par le permis sont invalides? Peut-on, passé un certain âge, dispenser une personne d'obtenir un permis de conduire simplement parce qu'elle estime que la restriction fondée sur l'âge porte atteinte au code des droits de la personne de la province? Je ne le crois pas. Par ailleurs, le fait de dire que les conditions en cause font «partie intégrante» du permis change-t-il la situation? Encore une fois, je ne le crois pas.

Il est, à mon sens, important de distinguer entre l'accusation de ne pas détenir le permis requis par un régime valide de délivrance de telles autorisations et celle d'avoir enfreint une des conditions du permis. En l'espèce, nous sommes en présence d'une infraction quasi criminelle. L'appellant a été accusé de ne pas s'être procuré le permis requis par la loi. En défense, il fait valoir que l'État n'a pas le droit de l'obliger à se procurer un permis. Le juge de première instance, la Cour d'appel à la majorité et notre Cour à l'unanimité ont statué que l'État a bel et bien le droit de l'obliger à obtenir un permis. Cette question ayant été tranchée à rencontre de l'appellant, c'est à juste titre qu'il a été déclaré coupable d'avoir pêché sans le permis requis.

La situation aurait été différente si l'appellant avait été accusé d'avoir enfreint une des conditions

conditions of the licence. It would then have been open to him to raise the defence that the condition he is alleged to have breached is unconstitutional. The constitutionality of the condition would have become the focus of the trial and of the appeals. In the event the condition was found to have been unconstitutional, it would fall. Severance would be automatic. The issue raised in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, of whether to strike out a portion or the whole of the licence would not arise. The licence would stand, together with such conditions as remain valid. The right of the state to require a licence for monitoring purposes would remain constitutional.

The position advocated by Cory J. has important practical consequences. Having ruled that the state is entitled to require persons engaged in fishing to obtain licences for the purpose of monitoring the fishery, he would deprive the state of the right to do so where conditions attached to the licence, not put in issue on the facts, fail to pass abstract constitutional scrutiny. Persons who object to conditions of a licence will be encouraged not to apply for a licence, thus undermining the monitoring function of the licensing scheme. The validity of state requirements for licences of all sorts may be called into question. These results are avoided if one confines the decision to the allegation contained in the charge — the failure to obtain a licence.

Jurisprudential considerations also support this approach. Courts determining guilt or innocence of an accused should confine themselves to the issues raised by the charge. The validity of conditions of a licence are better considered in the context of facts which raise them than in the abstract. Similarly, appeal courts reviewing trial decisions are generally well advised to confine themselves to the defences and issues raised in the decisions under review. In the case at bar, the only issue at trial and before the Court of Appeal was the right of the state to require the appellant to obtain a

du permis. Il aurait alors pu plaider, en défense, que la condition qu'on l'accusait d'avoir enfreint était inconstitutionnelle. La constitutionnalité de la condition serait alors devenue l'aspect central du procès et des appels. Si la condition avait été jugée inconstitutionnelle, elle aurait été écartée. La dissociation serait automatique. Ne se poserait alors pas la question, énoncée dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, de savoir s'il y a lieu d'invalider l'ensemble ou une partie seulement du permis. Le permis subsisterait, de même que les autres conditions toujours valides. Le droit de l'État d'exiger, à des fins de surveillance, l'obtention d'un permis demeurerait constitutionnel.

La thèse préconisée par le juge Cory a des conséquences pratiques importantes. Après avoir statué que, dans le but de surveiller les pêcheries, l'État a le droit d'exiger des personnes qui pratiquent la pêche qu'elles obtiennent un permis, il priverait l'État du droit de le faire dans les cas où des conditions dont est assorti le permis, conditions qui suivant les faits ne sont pas en litige en l'espèce, ne résistent pas à une analyse constitutionnelle abstraite. Cela aurait pour effet d'encourager les personnes qui s'opposent aux conditions d'un permis à ne pas demander ce permis, sapant ainsi le rôle de surveillance du régime de délivrance de permis. La validité des différentes obligations faites par l'État relativement à l'obtention de permis de toutes sortes pourrait être mise en question. Ces conséquences sont évitées si la décision se limite à l'allégation figurant dans l'accusation — savoir l'omission d'obtenir un permis.

Des considérations d'ordre jurisprudentiel appuient également ce point de vue. Les tribunaux appelés à statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé devraient se limiter aux questions soulevées par l'accusation portée. Il est préférable d'examiner la validité des diverses conditions d'un permis dans le contexte de faits donnant lieu à leur application, plutôt que dans l'abstrait. De même, les cours d'appel chargées de contrôler les décisions des tribunaux de première instance sont généralement bien avisées de se confiner aux questions et moyens de défense qui sont soulevés dans

licence. Accordingly, I would prefer to confine this Court's decision to that issue.

129 In conclusion, the question before us, as before the courts below, is whether the obligation on the appellant to obtain a licence to fish, whatever its terms, is constitutional. The answer to that question is yes. The appellant freely admits that he did not have the licence that the law validly required. It follows that he was properly convicted of the charge. The issue of whether the conditions of the licence are valid should await a case where their validity arises.

130 The constitutional question stated by the Chief Justice was as follows:

Is s. 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as it read in July of 1986, and licences issued thereunder, of no force or effect with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant?

131 I would answer the question as follows:

Section 4(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* and licences issued thereunder are not of no force and effect, with respect to the appellant in the circumstances of these proceedings, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellant.

132 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Hutchins, Soroka, Grant & Paterson, Hazelton.

ces décisions. En l'espèce, l'unique question en litige au procès et devant la Cour d'appel était le droit de l'État d'obliger l'appelant à obtenir un permis. En conséquence, je préférerais limiter la décision de notre Cour à cette question.

En conclusion, la question dont nous sommes saisis, à l'instar des juridictions inférieures, est de savoir si l'obligation faite à l'appelant d'obtenir un permis de pêche, quelles qu'en soient les conditions, est constitutionnelle. La réponse à cette question est oui. L'appelant admet volontiers qu'il n'avait pas le permis valablement requis par la loi. Il a donc ajusté titre été déclaré coupable de l'accusation portée contre lui. La question de savoir si les conditions du permis sont valides devrait être tranchée dans une affaire où elle se souleva.

Voici le texte de la question constitutionnelle formulée par le juge en chef:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, tel qu'il se lisait en juillet 1986, et les permis délivrés en vertu de ce paragraphe sont-ils, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il invoque?

Je répondrais ainsi à cette question:

Le paragraphe 4(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* et les permis délivrés en vertu de cette disposition ne sont pas, dans les circonstances de la présente affaire, inopérants à l'égard de l'appelant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par l'appelant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes,

Procureurs de rappelant: Hutchins, Soroka, Grant & Paterson, Hazelton.

Solicitor for the respondent; George Thomson, Ottawa,

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, Victoria,

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: Parlée, McLaws, Calgary,

Solicitors for the intervener the Alliance of Tribal Councils: Mandell, Pinder, Vancouver,

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver,

Solicitor for the intervener the Fisheries Council of British Columbia: J, Keith Lowes, Vancouver,

Solicitors for the intervener the Canadian National Railway Company: Ladner Downs, Vancouver,

Solicitors for the interveners the BC Fisheries Survival Coalition and the BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver,

*Procureur de l * intimée: George Thomson, Ottawa,*

Procureurs de Vintervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller, Pearlman, Victoria,

Procureurs de Vintervenant le procureur général de VAlberta: Parlée, McLaws, Calgary,

Procureurs de Vintervenante VAlliance of Tribal Councils: Mandell, Pinder, Vancouver,

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver,

Procureur de Vintervenant le Fisheries Council of British Columbia: J, Keith Lowes, Vancouver,

Procureurs de Vintervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Ladner Downs, Vancouver,

Procureurs des intervenantes la BC Fisheries Survival Coalition et la BC Wildlife Federation: Russell & DuMoulin, Vancouver,