

**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 JJ.

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** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

et

**Le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'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 — Appellant accusé d'avoir pêché sans permis — Le régime de délivrance de permis viole-t-il les droits ancestraux de l'appellant 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'appellant, 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 préféreraient. L'appellant avait pris du saumon à la gaffe dans la rivière Bulkley, là où elle traverse sa réserve. L'appellant 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 C.J. 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'appelant 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'appelant 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'appelant, 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 pêcherie 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'étayait 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 pêcherie 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 filum 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 séparable 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 a *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'appelant: (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'appelant. 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, rev'd on other grounds (1850), 13 Q.B. 426, 116 E.R. 1325; *R. v. Agawa* (1988), 65 O.R. (2d) 505; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *R. 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. I-5, s. 81(1)(o) [am. c. 32 (1st Supp.), s. 15(3)] (formerly R.S.C. 1970, c. I-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 l'Île-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. I-5, art. 81(1)(o) [mod. ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 15(3)] (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-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.

*S. 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.

*J. 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.

*S. 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.

*J. Keith Lowes*, pour l'intervenant the 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 l'égard 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)(o) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-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. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-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.

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'appelant 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 pêcherie 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 pêcherie, 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,