

**Joseph Daniel Jack, Harold Lewis Joe,  
Calvin Patrick Antoine, John Jimmy,  
Bernard Joe, Gordon Leon Goldsmith,  
Samuel Johnny Jimmy and Wilburt Joseph  
Canute Appellants;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

1979: May 1; 1979: July 18.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon,  
Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Indians — Fishing for salmon during prohibited period — Food fishing — Claimed fishing rights not established — Fishing rights, even if established, would be subordinated to conservation of fisheries — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 19 — British North America Act, 1867, ss. 91(12), 146 — Terms of Union of British Columbia and Canada, 1871, art. 13 — Status of appellants to invoke art. 13.*

The appellants are Indians within the coverage of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. 1-6. They were convicted of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period in violation of s. 19 of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended. The prohibition was effected by an order under Reg. 4 of the federal British Columbia Fishing Regulations. The appellants were caught either fishing or in possession of fish which they had caught. It was admitted that they were fishing for food. They did not have a permit pursuant to s. 32(1) of the Fishing Regulations.

The defence to the charges was based solely on the alleged constitutional incapacity of the Parliament of Canada to embrace the appellants and others of their band in its fisheries legislation so as to deny them the right to continue to fish for food. It was contended that there had been a policy to that effect in British Columbia prior to its admission in 1871 as a Province of Canada and that art. 13 of the *Terms of Union* sanctified this policy so as to create a limitation on federal legislative power in relation to sea coast and inland fisheries under s. 91(12) of the *British North America Act*. The *Terms of Union* were approved by an Imperial

**Joseph Daniel Jack, Harold Lewis Joe,  
Calvin Patrick Antoine, John Jimmy,  
Bernard Joe, Gordon Leon Goldsmith,  
Samuel Johnny Jimmy et Wilburt Joseph  
Canute Appellants;**

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

1979: 1<sup>er</sup> mai; 1979: 18 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,  
Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et  
McIntyre.

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

*Indiens — Pêche au saumon pendant une période prohibée — Ils pêchaient pour se nourrir — Les droits de pêche revendiqués n'étaient pas reconnus — Même si les droits de pêche étaient reconnus ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 19 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(12), 146 — Conditions de l'Union de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, art. 13 — Qualité des appellants pour invoquer l'art. 13.*

Les appelants sont des Indiens auxquels s'applique la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. 1-6. Ils ont été déclarés coupables d'avoir pêché du saumon pendant une période et en un endroit prohibés, en contravention de l'art. 19 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications. L'interdiction est prévue dans une ordonnance édictée en vertu de l'art. 4 du Règlement fédéral sur la pêche en Colombie-Britannique. Certains appelants ont été trouvés en train de pêcher et d'autres en possession de poissons qu'ils avaient capturés. Il est admis qu'ils pêchaient pour se nourrir. Ils ne détenaient pas le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche.

Leur défense aux accusations est uniquement fondée sur la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement du Canada pour assujettir les appelants et les autres membres de leur bande à sa loi sur les pêcheries de façon à les priver du droit de pêcher pour se nourrir. Ils prétendent qu'il existait une ligne de conduite à cet effet dans la Colombie-Britannique avant son admission à titre de province du Canada en 1871 et que l'art. 13 des *Conditions de l'Union* a consacré cette ligne de conduite et a limité le pouvoir législatif fédéral sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur prévu au par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britanni-*

Order in Council in conformity with s. 146 of the *British North America Act* and, in accordance with that provision, it had effect as if enacted by the Imperial Parliament. In short, it had constitutional status.

The first paragraph of art. 13 imposed two obligations on the Dominion Government: (i) to assume the charge of the Indians and the trusteeship and management of the lands reserved for the use and benefit of the Indians, and, (ii) to continue, after the union, a policy as liberal as that pursued by the British Columbia Government prior to the Union. The second paragraph imposed an obligation upon the Local Government to convey to the Dominion Government, for the carrying out of the policy referred to in the first paragraph, tracts of land of such extent as had been the practice of the British Columbia Government to appropriate for the purpose prior to the Union.

An appeal by way of stated case from the convictions of the accused was dismissed by the Court of Appeal, whereupon the accused, with leave, appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: The view of the Court of Appeal that the appellants did not have status to invoke the *Terms of Union* so as to claim exemption from federal fisheries legislation is not accepted. It is open to any litigant to defend a charge on the ground that it is based on incompetent or inapplicable legislation. There was an alleged constitutional basis for the defence in this case and the appellants were entitled to invoke it.

Nothing in art. 13 could possibly operate as an inhibition on federal legislative power in relation to fisheries. Whatever policy may have existed in pre-Confederation British Columbia of toleration of Indians fishing for food in rivers or other waters of Vancouver Island and of British Columbia before and after that Island became part of the colony, there does not appear to have been any basis in law to ordain the policy. Nor could any legal sanction for such Indian fishing rights be spelled out of art. 13. The claim of fishing rights made here could not be found either in the words "The charge of the Indians" under art. 13, nor in the following words of that article.

It was conceded that the prohibitory order, if made for conservation purposes, would govern any Indian fishing rights. On the facts, there was a conservation

*que.* Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par arrêté en conseil impérial conformément à l'art. 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et, en vertu de cette disposition, cet arrêté en conseil a le même effet que s'il avait été décrété par le Parlement impérial. En conséquence, il a valeur constitutionnelle.

Le premier alinéa de l'art. 13 impose deux obligations au gouvernement fédéral: (i) assumer le soin des Indiens et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice et (ii) continuer, après l'Union, à suivre une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par le gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union. Le deuxième alinéa prévoit que, pour mettre ce projet à exécution, le gouvernement local cédera au gouvernement fédéral des étendues de terre ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait, avant l'Union, affectées à cet objet.

Un appel, par voie d'exposé de cause, des déclarations de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel et les accusés ont, avec autorisation, interjeté pourvoi devant cette Cour.

*Arrêt:* Le pourvoi doit être rejeté.

*Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre:* L'opinion de la Cour d'appel que les appelants n'avaient pas qualité pour invoquer les *Conditions de l'Union* à l'appui de leur prétention qu'ils ne sont pas assujettis à la loi fédérale sur les pêcheries n'est pas acceptée. Toute partie peut répondre à une accusation en prétendant que celle-ci est fondée sur une loi contestable du point de vue juridictionnel ou inapplicable. En l'espèce, la défense est fondée sur un argument constitutionnel et les appelants avaient le droit de l'invoquer.

Rien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu importe la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens. La revendication de droits de pêche ne peut se fonder sur les mots «le soin des Sauvages» à l'art. 13 ni sur la suite de l'article.

Il a été reconnu que si l'interdiction de pêcher visait la protection des pêcheries, l'interdiction s'appliquerait au droit de pêche des Indiens. A la lumière des faits,

purpose to be served by the prohibitory order. Hence, even if the fishing rights claimed were established, they would have been properly subordinated to conservation of the fisheries in the particular rivers.

*Per Dickson J.:* Section 146 of the *British North America Act* clearly renders the *Terms of Union* something other than "an inter-governmental agreement" and the appellants are entitled to invoke art. 13 of those Terms as a defence to the charge. As a matter of statutory interpretation and historical evidence, the reference to "policy" in art. 13 extends beyond the narrower question of reserve lands dealt with in the second paragraph. Indian fishing fell within the pre-Confederation policy of British Columbia and was within the "policy" referred to in the first paragraph of art. 13. It was plain that Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so both for food and barter purposes.

Article 13 called for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when one speaks of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when one comes to local commercial purposes. If there are to be limitations upon the taking of salmon here, then those limitations must not bear more heavily upon the Indian fishery than the other forms of the fishery, *i.e.* commercial and sport fisheries. With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fisherman, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

A below average run of salmon and a record or near-record low precipitation led the Fisheries officials to issue an order closing a portion of Cowichan Bay to sports fishing and, subsequently, an order of closure of the Cowichan River to all fishing. In the circumstances, it was difficult to perceive how conservation could have been assured by any other method which could have given the necessary priority to the Indian river fishery.

By reason of the constitutional nature of art. 13, the contention that the steps taken by the Fisheries officials here were immune from review by the Courts was

l'interdiction a été imposée à des fins de protection. En conséquence, même si les droits de pêche revendiqués étaient reconnus, ils auraient été assujettis à l'objectif de protection de la faune marine dans les rivières en question.

*Le juge Dickson:* L'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne clairement aux *Conditions de l'Union* une plus grande valeur que celle d'une «entente intergouvernementale» et les appelants sont donc fondés à en invoquer l'art. 13 comme moyen de défense à l'accusation. En ce qui concerne l'interprétation de la loi et la preuve historique, l'expression «ligne de conduite» dans l'art. 13 va plus loin que la simple question des réserves dont traite le deuxième alinéa. Les activités de pêche des Indiens sont prévues par la ligne de conduite suivie par la Colombie-Britannique avant la Confédération et sont visées par la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa de l'art. 13. Il est manifeste que les pêcheurs Indiens ont été encouragés à poursuivre leurs activités non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. Si la pêche au saumon doit être limitée, les restrictions imposées ne doivent pas être plus lourdes pour la pêche faite par les Indiens que pour les autres genres de pêche, *c.-à-d.* la pêche commerciale et la pêche sportive. En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

La remonte du saumon, bien inférieure à la moyenne, et un record ou quasi-record de sécheresse ont amené les fonctionnaires à interdire la pêche sportive dans une partie de la baie Cowichan et ensuite à interdire toute pêche dans la rivière. Dans les circonstances, il est difficile d'imaginer par quelle autre méthode la protection de la ressource aurait pu être assurée tout en accordant la priorité nécessaire à la pêche par les Indiens.

Vu le caractère constitutionnel de l'art. 13, on ne peut retenir la prétention que les mesures prises par les fonctionnaires des pêcheries sont à l'abri du contrôle

untenable. A mere order of closure by a Fisheries officer in British Columbia under s. 4 of the Regulations may be a clear indication of a conservation purpose, but it is not conclusive on the question of protection of Indian fishing. Considerable latitude should be given to the judgment of the Fisheries officials in deciding the questions of when closure is required for conservation purposes and how that closure is to be effected. That does not, however, completely shield those measures from judicial review for constitutional competence.

If there is a challenge, then the questions on review will be whether the steps taken by the Fisheries authorities were reasonable and necessary for the purposes of conservation, and whether efforts were made to assure priority to the Indian fishery, within the practical limits of modern fisheries management. In this case, the Fisheries officials had shown that the closure of the river fishery was reasonable and necessary for the purpose of conservation and did not offend against the priority assured to the Indian fishery by reason of art. 13 of the *Terms of Union*.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing an appeal by way of stated case from an order of Heard P.C.J. Appeal dismissed.

*Douglas Sanders*, for the appellants.

*Ralph Hutchinson* and *Paul Pearlman*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The eight appellants are Indians within the coverage of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. They were convicted of fishing for salmon in certain rivers during a prohibited period in violation of s. 19 of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended. The prohibition was effected by an order under Regulation 4 of the federal British Columbia Fishing Regulations. The appellants were caught either fishing or in possession of fish which they had caught. It is admitted that they were fishing for food. They did not have

judiciaire. Une simple ordonnance de fermeture rendue par un fonctionnaire des pêcheries de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 4 du Règlement peut clairement indiquer qu'elle est faite à des fins de protection des ressources, mais elle n'est pas concluante sur la question de la protection de la pêche par les Indiens. Les fonctionnaires des pêcheries devraient bénéficier d'une grande liberté d'action pour décider quand ordonner une fermeture à des fins de protection et comment l'appliquer. Mais cela ne met pas pour autant ces mesures à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la compétence constitutionnelle.

En cas de contestation, il s'agira, en révision, de déterminer si les mesures de protection prise par les autorités responsables des pêcheries étaient raisonnables et nécessaires et si on a fait des efforts en vue d'accorder la priorité à la pêche par les Indiens, compte tenu des contingences pratiques de la gestion moderne des pêcheries. En l'espèce, les fonctionnaires des pêcheries ont établi que l'interdiction de pêcher dans la rivière était raisonnable et nécessaire à des fins de protection des ressources et ne va pas à l'encontre de la priorité accordée à la pêche par les Indiens par l'art. 13 des *Conditions de l'Union*.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui rejetait un appel par voie d'exposé de cause d'une ordonnance du juge Heard de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

*Douglas Sanders*, pour les appelants.

*Ralph Hutchinson* et *Paul Pearlman*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE EN CHEF—Les huit appelants sont des Indiens auxquels s'applique la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6. Ils ont été déclarés coupables d'avoir pêché du saumon pendant une période et en un endroit prohibés, en contravention de l'art. 19 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications. L'interdiction est prévue dans une ordonnance édictée en vertu de l'art. 4 du Règlement fédéral sur la pêche en Colombie-Britannique. Certains appelants ont été trouvés en train de pêcher et d'autres en possession

a licence pursuant to s. 32(1) of the Fishing Regulations.

The appellants do not rely on any aboriginal title or on any aboriginal rights nor on any treaty rights, there being no applicable treaties. The defence to the charges was based solely on the alleged constitutional incapacity of the Parliament of Canada to embrace the appellants and others of their band in its fisheries legislation so as to deny them the right to continue to fish for food. It was contended that there had been a policy to that effect in British Columbia prior to its admission in 1871 as a Province of Canada and that art. 13 of the *Terms of Union* sanctified this policy so as to create a limitation on federal legislative power in relation to sea coast and inland fisheries under s. 91(12) of the *British North America Act*. The *Terms of Union* were approved by an Imperial Order in Council in conformity with s. 146 of the *British North America Act* and, in accordance with that provision, it had effect as if enacted by the Imperial Parliament. In short, it had constitutional status.

Article 13 reads as follows:

13. The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies.

It was contended by the appellants that this article is concerned with transferring legislative jurisdiction

de poissons qu'ils avaient capturés. Il est admis qu'ils pêchaient pour se nourrir. Ils ne détenaient pas le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche.

Les appelants ne se fondent sur aucun titre ou droit aborigène ni sur aucun droit conféré par un traité; aucun traité n'est d'ailleurs applicable en l'espèce. Leur défense aux accusations est uniquement fondée sur la prétendue absence de compétence constitutionnelle du Parlement du Canada pour assujettir les appelants et les autres membres de leur bande à sa loi sur les pêcheries de façon à les priver du droit de pêcher pour se nourrir. Ils prétendent qu'il existait une ligne de conduite à cet effet dans la Colombie-Britannique avant son admission à titre de province du Canada en 1871 et que l'art. 13 des *Conditions de l'Union* a consacré cette ligne de conduite et a limité le pouvoir législatif fédéral sur les pêcheries des côtes de mer et de l'intérieur prévu au par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par arrêté en conseil impérial conformément à l'art. 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et, en vertu de cette disposition, cet arrêté en conseil a le même effet que s'il avait été décrété par le Parlement impérial. En conséquence, il a valeur constitutionnelle.

Voici le texte de l'art. 13:

13. Le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera constituée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies.

Les appelants prétendent que cet article a l'effet de conférer au Parlement le pouvoir de légiférer à

tion to Parliament in relation to Indians and lands to be reserved for Indians, a parallel provision to s. 91(24) of the *British North America Act*. Even if this be so—and it is not an issue that arises here—I see nothing in art. 13 that could possibly operate as an inhibition on federal legislative power in relation to fisheries. Whatever policy may have existed in pre-Confederation British Columbia of toleration of Indians fishing for food in rivers or other waters of Vancouver Island and British Columbia before and after that Island became part of the colony, there does not appear to have been any basis in law to ordain the policy. Nor can any legal sanction for such Indian fishing rights be spelled out of art. 13.

Counsel for the appellants insisted on treating the two paragraphs of art. 13 as separate and contended that the “policy” on which he relied, relating particularly to the words “The charge of Indians” was dissociated from the following paragraph referring to “such policy”. I know of no principle of construction to support this view of what to me is a connected article. In my opinion, therefore, the claim of fishing rights made here cannot be found either in the words “The charge of Indians” under art. 13, nor in the following words of that article. The evidence presented to support the alleged rights rises no higher than expediency to leave the Indians to unregulated fishing in the particular rivers or elsewhere. Indeed, the argument must go to the extent of finding in the words of art. 13 various aspects of Indian policy and, it is conceded that there is no evidence that the policy later followed was not a balanced one.

I wish to refer to one other point. The British Columbia Court of Appeal, in dismissing the appeals from conviction, did so on the narrow ground that the appellants had no status to invoke the *Terms of Union* so as to claim exemption from federal fisheries legislation. I do not agree with this view. It is open to any litigant to defend a charge on the ground that it is based on incompetent or inapplicable legislation. There is an alleged constitutional basis for the defence in this case, as previously noted, and the appellants were entitled

l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens; il s'agirait d'une disposition parallèle au par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même si cette prétention était juste—et ce n'est pas en litige ici—rien dans l'art. 13 n'a l'effet de restreindre le pouvoir législatif fédéral en matière de pêcheries. Peu importante la ligne de conduite qui était suivie en Colombie-Britannique avant la Confédération et qui permettait aux Indiens de pêcher pour se nourrir dans les rivières ou dans d'autres eaux de l'île Vancouver comme de la Colombie-Britannique avant que l'île en fasse partie et par la suite, cette ligne de conduite ne semble assise sur aucun fondement juridique. En outre, l'art. 13 ne contient aucune reconnaissance juridique de droits de pêche des Indiens.

L'avocat des appelants soutient que les deux alinéas de l'art. 13 doivent être interprétés séparément et que la «ligne de conduite» sur laquelle il se fonde, soit en particulier «le soin des Sauvages», n'a aucun lien avec l'expression «ce projet» à l'alinéa suivant. Je ne connais aucun principe qui étaye une telle interprétation de ce qui est un seul article selon moi. En conséquence, j'estime que la revendication de droits de pêche ne peut se fonder sur les mots «le soin des Sauvages» à l'art. 13 ni sur la suite de l'article. La preuve présentée à l'appui des droits revendiqués n'a porté que sur l'opportunité de ne pas assujettir les Indiens à la réglementation relative à la pêche dans les rivières en question et les autres eaux. En fait, pour justifier les droits revendiqués il faudrait trouver à l'art. 13 divers aspects de la ligne de conduite envers les Indiens, mais on a admis que rien ne prouvait que la ligne de conduite suivie ultérieurement n'était pas équilibrée.

Je mentionnerai un autre point important. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les appels des condamnations au motif restreint que les appelants n'avaient pas qualité pour invoquer les *Conditions de l'Union* à l'appui de leur prétention qu'ils ne sont pas assujettis à la loi fédérale sur les pêcheries. Je ne suis pas d'accord avec ces vues. Toute partie peut répondre à une accusation en prétendant que celle-ci est fondée sur une loi contestable du point de vue juridictionnel ou inapplicable. En l'espèce, la défense est

to invoke it. I do not think that this is a case, as was urged by counsel for the intervenant Attorney-General of British Columbia, where the appellants are seeking to assert rights under an inter-governmental agreement to which they were not parties.

I should add that in view of my conclusion on art. 13, it is unnecessary to say anything about the conversation point raised by the respondent. However, counsel for the appellant conceded that the prohibitory order, if made for conservation purposes, would govern any Indian fishing rights. I am inclined to the view that, on the facts, there was a conservation purpose to be served by the prohibitory order. Hence, even if the fishing rights claimed were established, they would have been properly subordinated to conservation of the fisheries in the particular rivers.

On the merits, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

DICKSON J.—The broad question raised in this appeal is whether art. 13 of the *Terms of Union of British Columbia and Canada, 1871*, affords any form of protection for Indian fishing. If this question is answered in the affirmative, then it remains to determine whether the article gives legal protection to the fishing activities of the appellants in the present case. Several of the accused were charged with unlawfully fishing for salmon at a time and place where fishing for salmon was prohibited by law. The other accused were charged with unlawful possession of salmon at a time and a place where fishing for such fish was prohibited by law. The “time” was September and October, 1974. The “place” was at Cowichan River on Vancouver Island in British Columbia. The accused are Indians within the meaning of the *Indian Act*, and are registered members of the Cowichan Indian Band. Between September 22, 1974, and November 17, 1974, the Cowichan River was closed to all salmon fishing by an order made by a fishery officer, acting pursuant to Regulation 4 of the British Columbia Fishing Regulations passed under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c.

fondée sur un argument constitutionnel et les appelants avaient le droit de l’invoquer. A mon avis, contrairement à ce qu’a soutenu l’avocat de l’intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, il ne s’agit pas d’un cas où les appelants tentent de se prévaloir de droits qui découlent d’une entente intergouvernementale à laquelle ils ne sont pas parties.

Vu ma conclusion sur l’art. 13, je n’estime pas nécessaire de me prononcer sur l’argument de l’intimée fondé sur la protection des pêcheries. Cependant, l’avocat des appelants a reconnu que si l’interdiction de pêcher visait la protection des pêcheries, l’interdiction s’appliquerait au droit de pêche des Indiens. A la lumière des faits, je suis enclin à penser que l’interdiction a été imposée à des fins de protection. En conséquence, même si les droits de pêche revendiqués étaient reconnus, ils auraient été assujettis à l’objectif de protection de la faune marine dans les rivières en question.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi sur le fond.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE DICKSON—La question de principe soulevée dans ce pourvoi consiste à décider si l’art. 13 des *Conditions de l’Union de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871*, protège de quelque façon la pêche par les Indiens. Dans l’affirmative, il s’agit de déterminer si, en l’espèce, cet article donne une protection légale à la pêche pratiquée par les appelants. Certains des prévenus ont été accusés de pêche illégale du saumon pendant une période et en un endroit où la pêche du saumon était interdite par la loi. Les autres ont été accusés de possession illégale de saumon pendant une période et en un endroit où la pêche en était interdite par la loi. La «période» visée est septembre et octobre 1974, et l’«endroit» est la rivière Cowichan, sur l’île Vancouver en Colombie-Britannique. Les accusés sont des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils sont membres inscrits de la bande indienne Cowichan. Aux termes d’une ordonnance établie par un fonctionnaire des pêcheries en vertu de l’art. 4 du Règlement de pêche de la Colombie-Britannique, édicté sous le régime de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et modifications, la pêche du saumon dans la

F-14, and amendments thereto. None of the accused had any permit issued under s. 32(1) of the Fishing Regulations. It is admitted that at the time of the alleged offences, those accused charged with fishing were food fishing, while those charged with possession of salmon were in possession of salmon that had been taken while food fishing. The accused were convicted before Heard P.C.J., and an appeal by way of stated case was dismissed by the British Columbia Court of Appeal.

Let me say immediately, and with respect, that I do not agree with the Court of Appeal that the appellants have no status to enforce art. 13 or to call it in aid. Status was denied because the appellants' forbears were not, and the appellants are not, parties to the agreements between the Dominion of Canada and the Colony of British Columbia that were embodied in the *Terms of Union*. Section 146 of the *British North America Act, 1867* clearly provides that "the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom for Great Britain and Ireland". The *Terms of Union* were approved by an Imperial Order in Council thereby giving constitutional effect as if enacted by the Imperial Parliament. The *Terms* may therefore establish constitutional limitations upon the exercise of federal or provincial legislative power. Section 146 clearly renders the *Terms of Union* something other than "an inter-governmental agreement" and the appellants are entitled to invoke art. 13 of those *Terms* as a defence to the charge.

Article 13 of the *Terms of Union* of British Columbia and Canada, 1871, provides:

The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

rivière Cowichan a été interdite entre le 22 septembre 1974 et le 17 novembre 1974. Aucun des accusés ne détenait le permis exigé au par. 32(1) du Règlement de pêche. Il est admis qu'à l'époque des infractions reprochées, les prévenus accusés de pêche illégale pêchaient pour se nourrir et ceux accusés de possession illégale de saumon étaient en possession de saumon capturé pour se nourrir. Les accusés ont été déclarés coupables par le juge Heard de la Cour provinciale et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté un appel par voie d'exposé de cause.

Je précise immédiatement qu'avec égards, je ne partage pas l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les appelants n'ont pas qualité pour invoquer l'art. 13 ou en demander l'application. La Cour d'appel a statué qu'ils n'avaient pas qualité parce que ni eux ni leurs ancêtres n'étaient parties aux ententes entre le Canada et la colonie de la Colombie-Britannique intégrées aux *Conditions de l'Union*. L'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, prévoit expressément que «les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande». Les *Conditions de l'Union* ont été approuvées par un arrêté en conseil impérial leur donnant la même valeur constitutionnelle que si elles avaient été édictées par le Parlement impérial. Les *Conditions* peuvent donc assujettir l'exercice du pouvoir législatif fédéral ou provincial à certaines restrictions constitutionnelles. L'article 146 donne clairement aux *Conditions de l'Union* une plus grande valeur que celle d'une «entente intergouvernementale» et les appelants sont donc fondés à en invoquer l'art. 13 comme moyen de défense à l'accusation.

L'article 13 des *Conditions de l'Union* de la Colombie-Britannique et du Canada, 1871, dispose:

Le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies.

The first paragraph imposes two obligations: (i) to assume the charge of the Indians and the trusteeship and management of the lands reserved for the use and benefit of the Indians, and, (ii) to continue, after the Union, a policy as liberal as that pursued by the British Columbia government prior to the Union. The second paragraph imposes an obligation upon the local government to convey to the Dominion government, for the carrying out of the policy referred to in the first paragraph, tracts of land of such extent as had been the practice of the British Columbia government to appropriate for the purpose prior to the Union. The word "policy" in the first paragraph refers, in my view, to a broad general policy as affecting Indians and lands reserved for their use. The word "policy" in the second paragraph refers to that same policy, and the implementation thereof, in so far as it affects lands. There is clearly nothing in the language of art. 13 to suggest that "policy" in the first paragraph refers only to the land to be set aside for Indian reserves. If anything, the structure of the article indicates the opposite. I am further of the view that if the article can be said to be ambiguous, it should be so interpreted as to assure the Indians, rather than to deny to them, any liberality which the policy of the British Columbia government may have evinced prior to Union.

Exhibit 14 in this case is entitled "Report of the Government of British Columbia on the subject of Indian Reserves", a report by the Honourable George A. Walkem, then Attorney General of B.C., dated August 17, 1875. According to the British Columbia Sessional Papers of 1876—in which the Report is found—the Report was approved by the Executive Council and by the Lieutenant-Governor to this effect:

Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies.

Le premier alinéa impose deux obligations: (i) assumer le soin des Indiens et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice et (ii) continuer, après l'Union, à suivre une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par le Gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union. Le deuxième alinéa prévoit que, pour mettre ce projet à exécution, le gouvernement local cédera au gouvernement fédéral des étendues de terre ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait, avant l'Union, affectées à cet objet. L'expression «ligne de conduite» au premier alinéa vise à mon avis, une ligne de conduite générale relative aux Indiens et aux terres réservées à leur usage. L'expression «ce projet» au deuxième alinéa vise la même ligne de conduite et son application en ce qui concerne les terres. Le texte de l'art. 13 ne laisse aucunement entendre que la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa vise uniquement les terres destinées aux réserves indiennes. En réalité, l'économie de l'article semble plutôt indiquer le contraire. J'estime en outre qu'en cas d'ambiguïté, l'article doit être interprété de façon à permettre aux Indiens de bénéficier plutôt que d'être privé des largesses dont pouvait faire preuve la ligne de conduite suivie par le gouvernement de la Colombie-Britannique avant l'Union.

La pièce 14 produite en l'espèce est intitulée [TRADUCTION] «Rapport du Gouvernement de la Colombie-Britannique sur les terres des Indiens»; il s'agit d'un rapport présenté par l'honorable George A. Walkem, le 17 août 1875, alors qu'il était procureur général de cette province. D'après les documents parlementaires de la Colombie-Britannique de 1876—dans lesquels le rapport est publié—il a été approuvé par le Conseil exécutif et le lieutenant-gouverneur:

The Committee of Council concur with the statements and recommendations contained in the Memorandum of the Honourable the Attorney-General, on the subject of Indian Affairs, dated 17th August, 1875, and advise that it be adopted as the expression of the views of this Government as to the best method of bringing about a settlement of the Indian Land Question.

The Attorney General read art. 13 as containing "four distinct terms":

1st.—That Canada assumed the charge of the Indians and the trusteeship and management of their lands;

2nd.—That a policy towards our Natives as liberal as that of the Colonial Government of British Columbia (prior to Confederation) should be continued by the Dominion Government;

3rd.—That this Province should, after Confederation, convey to the Dominion, in trust for the use of the Indians, tracts of land similar in extent to those which had been set apart for their use by British Columbia when governed directly by the Imperial Authorities;

4th.—That any disagreement with respect to the extent of such lands should be referred to the Secretary of State for the Colonies for his decision.

What is interesting for our purposes is the subsequent characterization of the import of "policy" by Walkem:

Upon these four distinct terms the 13th Article is based. It need scarcely be stated that *there is a marked difference between a stipulation to establish a general policy and an agreement to supply certain detailed assistance "to carry out such policy."* . . .

The value of the above distinction will presently appear in discussing the several points in the order laid down. Although the question of What assistance in land shall British Columbia now give to enable the Dominion to carry out her Indian policy? is the real issue between the two Governments, it appears to be absolutely necessary to give a short sketch of the Indian policy of the Crown Colony, with a view to removing the very unjust impressions respecting it which have been created in the public mind by the publication of the Report of the Minister of the Interior . . . .

The policy of the Dominion aims at a concentration of the Indians upon Reserves, while that of the Crown Colony, besides granting Reserves in cases where the Indians preferred them, courted rather an opposite result . . . . (*emphasis added*)

[TRADUCTION] Le comité du Conseil accepte les déclarations et recommandations contenues dans le mémoire de l'honorable procureur général sur les Affaires indiennes en date du 17 août 1875, et est d'avis qu'il soit adopté comme l'expression de l'opinion du présent Gouvernement quant à la meilleure façon de régler le problème des terres des Indiens.

Le procureur général voit à l'art. 13 [TRADUCTION] « quatre conditions distinctes »:

[TRADUCTION] Premièrement—Que le Canada assume le soin des Indiens et la garde et l'administration de leurs terres;

Deuxièmement—Qu'au sujet des aborigènes, le Gouvernement fédéral continue une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie (avant la Confédération) par le Gouvernement colonial de la Colombie-Britannique;

Troisièmement—Qu'après la Confédération, cette province cède au fédéral, au nom et pour le bénéfice des Indiens, des étendues de terre ayant la superficie de celles que la Colombie-Britannique avait réservées pour leur usage sous le régime impérial;

Quatrièmement—Que tout désaccord entre les deux gouvernements au sujet de l'étendue de ces terres soit tranché par le Secrétaire d'État pour les Colonies.

Aux fins de ce pourvoi, la description par Walkem de la portée de la « ligne de conduite » est intéressante:

[TRADUCTION] L'article 13 est fondé sur ces quatre conditions distinctes. Est-il besoin de préciser *qu'il existe une nette différence entre une intention déclarée d'établir une ligne de conduite générale et une entente de fournir une aide destinée à « mettre ce projet à exécution »*. . . .

L'analyse des questions suivantes démontre l'importance de cette distinction. Même si, en ce qui a trait aux deux gouvernements, la véritable question consiste à déterminer quelle aide relative aux terres le Gouvernement de la Colombie-Britannique s'est engagé à fournir pour permettre au fédéral de mettre à exécution sa ligne de conduite relative aux Indiens, il paraît absolument nécessaire d'exposer sommairement la ligne de conduite relative aux Indiens suivie par la colonie de la Couronne afin de dissiper l'impression inexacte qu'a laissée au public la publication du rapport du ministre de l'Intérieur . . .

La ligne de conduite du fédéral vise le regroupement des Indiens sur des réserves alors que la politique suivie par la colonie de la Couronne était plutôt à l'inverse même si des réserves étaient octroyées aux Indiens lorsqu'ils le préféraient . . . (Les italiques sont de moi.)

The Attorney General then describes at some considerable length the assimilationist policy of the old Crown Colony, prior to entering upon the reserve issue.

It is apparent that art. 13 is akin the head 24 of s. 91 of the *British North America Act* in transferring to Parliament legislative jurisdiction in relation to Indians and lands reserved for their use. But that function is performed by the first of the "four distinct terms". One cannot simply skip over the next term to the two terms in the second paragraph, those dealing with the reserve lands aspect of Indian policy. The second paragraph is clearly subordinate to the first paragraph in its transfer of jurisdiction and statement of a general standard for federal Indian policy in British Columbia. As noted earlier, there is a similar standard of "practice" of the Crown Colony to be applied to the conveyance of tracts of land for reserves.

As a simple matter of statutory interpretation, the reference to "policy" in the first paragraph in art. 13 refers back to the first term of the article, to "The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit", and not merely to the "tracts of land" to be set aside for reserves. That view is only reinforced by Walkem's report to the Executive Council of British Columbia. I conclude, therefore, as a matter of statutory interpretation and historical evidence, that the reference to "policy" in art. 13 extends beyond the narrower question of reserve lands dealt with in the second paragraph.

The next issue to be considered is whether Indian fishing can properly be regarded as within the "policy" to which reference is made in the first paragraph of art. 13 and, if so, what content can be given to the pre-Confederation policy of the Colony. It is not correct to advert to the post-Confederation Indian policy in order to determine the content of "policy" for our purposes. In this appeal we are concerned with the application of the minimum standard of pre-Confederation policy to the federal government after Confederation. As

Puis, avant d'aborder la question des réserves, le procureur général décrit en détail la politique d'assimilation suivie par l'ancienne colonie de la Couronne.

L'article 13 est de toute évidence apparenté au par. 24 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en ce qu'il transfère au Parlement le pouvoir de légiférer à l'égard des Indiens et des terres réservées à leur usage. Mais cette fonction est accomplie par la première des «quatre conditions distinctes». On ne peut simplement oublier la condition suivante pour sauter aux deux conditions du deuxième alinéa relatives à l'aspect de la ligne de conduite qui vise les réserves. Le deuxième alinéa est clairement subordonné au premier quant au transfert de compétence et à l'énoncé d'une norme générale relative à la ligne de conduite fédérale ayant trait aux Indiens de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai déjà souligné, une norme semblable à la pratique suivie par la colonie de la Couronne s'applique à la cession d'étendues de terre destinées aux réserves.

Comme simple question d'interprétation de la loi, l'expression «ligne de conduite» dans le premier alinéa de l'art. 13 renvoie à la première condition de l'article, soit «le soin des Sauvages et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice» et non simplement aux «étendues de terre» destinées aux réserves. Le rapport de Walkem au Conseil exécutif de la Colombie-Britannique appuie cette interprétation. Je conclus donc, en ce qui concerne l'interprétation de la loi et la preuve historique, que l'expression «ligne de conduite» dans l'art. 13 va plus loin que la simple question des réserves dont traite le deuxième alinéa.

Il s'agit ensuite de déterminer si les activités de pêche des Indiens sont visées par la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa de l'art. 13 et, si c'est le cas, le contenu de la ligne de conduite suivie par la colonie avant la Confédération. A cette fin, c'est une erreur de s'en remettre à la ligne de conduite suivie après la Confédération. Le présent pourvoi porte sur l'application de la norme minimale de la ligne de conduite avant la Confédération au gouvernement fédéral après la Confédération. Comme le disent les appelants dans

the appellants state in their factum—and there is much historical evidence to support them—“Given the limited and ungenerous policies of British Columbia prior to Confederation, this standard will only rarely be able to be invoked against the federal government. It may be that it cannot be invoked in any area but that of fisheries.”

At trial, Heard P.C.J. found that there was a policy in the Colony relating to Indian fishing and described it in these terms:

Prior to 1871, the policy was that of non-interference with Indian fishing rights (if indeed they had rights). In such treaties as were made with other Indians, they were to be allowed to hunt over unoccupied lands and carry on their fisheries as formerly. This evidently was the policy prior to Union in 1871 in the Colony of British Columbia and any part that is now the Province of British Columbia.

Judge Heard elaborated the rationale underlying the policy of non-interference:

While the policy in force in the period under consideration was that of not regulating Indian fisheries, it appears that this policy was predicated on the assumption the fishery resource was inexhaustible and that fish being a staple of the Indian diet, it was better to allow them unlimited fishing in order to prevent any hostilities as the land was gradually occupied by non-Indians.

This is a fair interpretation of the historical and expert evidence in the case and I see no reason to interfere with the findings of the trial judge on this score.

Professor Ralston, professor of history at the University of British Columbia, stated that “there was a definite Indian Fishing Policy which is embodied in the text of the treaties that were signed between the various groups of Indians and the Hudson’s Bay Company acting for the Colony.” In the case of the Cowichan Indians, no treaty was concluded owing to financial problems experienced in the Colony of Vancouver Island

leur factum — et une abondante preuve historique appuyé cet argument — [TRADUCTION] «Étant donné les lignes de conduite limitées et peu généreuses du gouvernement de la Colombie-Britannique avant la Confédération, cette norme ne pourra que rarement être invoquée contre le gouvernement fédéral. Il se peut qu’elle ne puisse être invoquée dans aucun autre domaine que celui des pêcheries».

En première instance, le juge Heard de la Cour provinciale a conclu à l’existence dans la Colonie d’une ligne de conduite relative aux activités de pêche des Indiens qu’il a décrite en ces termes:

[TRADUCTION] Avant 1871, on suivait une ligne de conduite de non-ingérence au sujet des droits de pêche des Indiens (si effectivement ils avaient des droits). Les traités conclus avec les autres Indiens les autorisaient à chasser sur les terres inoccupées et à poursuivre leurs activités de pêche comme auparavant. Il est clair que c’était la ligne de conduite suivie avant l’Union en 1871 dans la colonie de la Colombie-Britannique et tout territoire qui fait maintenant partie de la province de la Colombie-Britannique.

Le juge Heard a précisé le raisonnement sous-jacent à la ligne de conduite de non-ingérence:

[TRADUCTION] Même si la ligne de conduite en vigueur au cours de la période qui nous intéresse était de ne pas régir la pêche par les Indiens, cette ligne de conduite était fondée sur l’hypothèse que le poisson était une ressource inépuisable et que, vu qu’il était à la base du régime alimentaire des Indiens, il valait mieux ne pas limiter la pêche par eux afin de prévenir toute hostilité pendant le peuplement progressif des terres par les non-Indiens.

Il s’agit là d’une interprétation exacte de la preuve historique produite par des experts et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance sur ce point.

Selon le témoin Ralston, professeur d’histoire à l’Université de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] «il existait une ligne de conduite précise au sujet de la pêche par les Indiens et elle a été incluse dans le texte des traités signés par divers groupes d’Indiens et la Hudson’s Bay Company qui agissait au nom de la colonie». Dans le cas des Indiens Cowichan, aucun traité n’a été conclu vu les difficultés financières éprouvées par la colonie

from the termination of the Hudson's Bay Company grant in 1859 to the merger of the Island Colony with the mainland Colony of British Columbia in 1866. Professor Ralston described the general policy of Vancouver Island, even in the absence of treaties:

Yes, the policy on Vancouver Island was to encourage Indian fishing throughout its existence as a colony. You see, the Whites and Indians were in competition for agricultural land. Now, if you are going to put the Indians into a reserve they are not to be a charge on the public funds, they are expected to continue in their occupations as hunters and fishers and in the Cowichan case specifically as fishers.

Professor Barbara Lane, an anthropologist, described the colonial policy in more detail:

Well, again the settlers in the Colonial Period and especially if we are speaking of the Cowichan Valley, were concerned with agriculture and agricultural pursuits and the Indians filled an economic niche if you like, in the local scheme of things in that they provided the settlers with fish for their food while the settlers were clearing land and farming and the policy was one of encouraging the Indians to fish not only to provide food for themselves so that they wouldn't be a burden on the public purse but also to supply the resident non-Indian population with fish and also turning back a moment to the Hudson's Bay Period, the Hudson's Bay relied very heavily upon the Indian Fisherman to supply and provision all of the forts throughout what is now the Province of British Columbia and that cured salmon was the food staple provision for all the forts and this was procured from Indian Fishermen who harvested and in some cases cured the resources.

The exhibits filed in the case afford much evidentiary support for the views expressed above. Exhibit 10 is an excerpt from a dispatch from Governor Douglas of Vancouver Island to the Colonial Secretary, dated March 14, 1859, advocating a scheme of raising funds for Indians by leasing Indian lands:

The support of the Indians will thus, wherever land is valuable be a matter of easy accomplishment, and in districts where the white population is small, and the land unproductive, the Indians may be left almost wholly to their own resources, and, as a joint means of earning their livelihood, to pursue unmolested their favourite calling of fishermen and hunters.

de l'île Vancouver à compter de la fin de la concession de la Hudson's Bay Company en 1859 jusqu'à l'annexion de la colonie insulaire à la colonie continentale de la Colombie-Britannique en 1866. Le professeur Ralston a décrit comme suit la ligne de conduite générale suivie par l'île Vancouver, même en l'absence de traités:

[TRADUCTION] Oui, la ligne de conduite suivie sur l'île Vancouver a toujours visé à encourager la pêche par les Indiens. Voyez-vous les Blancs et les Indiens étaient en concurrence pour occuper des terres agricoles. Mais, si l'on voulait mettre des Indiens dans une réserve, il ne fallait pas qu'ils vivent des fonds publics, on s'attendait qu'ils allaient plutôt continuer à vivre de chasse et de pêche et, dans le cas précis des Indiens Cowichan, de pêche.

L'anthropologue Barbara Lane a exposé avec plus de détails la ligne de conduite coloniale:

[TRADUCTION] A l'époque coloniale, particulièrement dans le cas de la vallée Cowichan, les colons voulaient faire de l'agriculture et les Indiens jouaient un rôle dans l'économie locale, si l'on peut dire, en ce sens qu'ils approvisionnaient les colons en poisson pendant que ces derniers défrichaient les terres et les cultivaient. La ligne de conduite suivie visait à encourager les Indiens à pêcher non seulement pour eux-mêmes de façon à ne pas vivre des fonds publics, mais également pour la population non indienne; en outre, à l'époque de la Hudson's Bay, cette dernière comptait beaucoup sur les pêcheurs indiens pour approvisionner tous les forts du territoire qu'on appelle maintenant la Colombie-Britannique, et le saumon fumé constituait la principale denrée consommée dans tous les forts et ce sont les pêcheurs indiens qui le capturaient et, dans certains cas, le fumaient.

Les pièces produites en l'espèce étaient fortement ces opinions. La pièce 10 est un extrait d'une lettre du 14 mars 1859 du gouverneur Douglas de l'île Vancouver au Secrétaire pour les colonies où il préconise une façon de réunir des fonds pour les Indiens en louant des terres des Indiens:

[TRADUCTION] Le soin des Indiens deviendra donc chose facile, partout où les terres ont de la valeur, et dans les endroits où la population blanche est clairsemée et où les terres sont stériles, les Indiens pourront quasiment être laissés à eux-mêmes et, tout en gagnant leur vie, poursuivre en paix leur activité préférée de pêche et de chasse.

Exhibit 13 represents a memorandum of David Laird, then Minister of the Interior and the minister responsible for Indian matters, submitted to the federal cabinet and adopted by the Governor General in Council on April 24, 1874. The fifth of the recommendations reads:

5th. Great care should be taken that the Indians especially those inhabiting the Coast, should not be disturbed in the enjoyment of their customary fishing grounds, which should be reserved for them previous to White Settlement in the immediate vicinity of such localities.

Given the general agreement of the respective governments on the subject of Indian fishing, and this within the confines of the continuing debate over the lands to be reserved for Indians under art. 13, it seems difficult, if not impossible, to argue that fishing by Indians was not perceived to form a part of the "policy" of the first paragraph of art. 13.

If further evidence were necessary, Dr. Lane pointed out in reference to the four small reserves on the Cowichan river (gazetted in 1867), "the tabular statement of Cowichan Reserve in the McKenna McBride Royal Commission publication in 1916 indicates those same Cowichan Reserves as fishing stations". Dr. Lane stated that there was no competition between Indians and Whites in the Cowichan River area in relation to fishing prior to 1871, which accords with both provincial and federal statements of a policy encouraging Indian fishing in such areas. Finally, this exchange between Dr. Lane and counsel for the Attorney General of British Columbia:

Q. Doctor Lane, you mentioned the establishment of reserves and they followed quite similarly along the river, those small areas that are marked in red on the map that has been marked?

A. Yes.

Q. And it's my understanding that these reserves coincide with places that had been traditionally used by the Indians to practice their methods of fishing?

A. Yes.

La pièce 13 est un mémoire soumis au Cabinet fédéral par David Laird, alors ministre de l'Intérieur et ministre responsable des Affaires indiennes; ce mémoire fut adopté par le gouverneur général en conseil le 24 avril 1874. La cinquième recommandation se lit comme suit:

[TRADUCTION] Cinquièmement, il faudrait bien veiller à ne pas déposséder les Indiens, particulièrement ceux de la côte ouest, de leurs territoires de pêche traditionnels et plutôt les leur réserver avant que les colons ne s'installent dans les régions environnantes.

Vu l'entente générale entre les gouvernements respectifs relativement aux activités de pêche des Indiens et compte tenu du débat qui se poursuit au sujet des terres à être réservées aux Indiens en vertu de l'art. 13, il semble difficile sinon impossible de prétendre que l'on n'a pas considéré que la pêche par les Indiens faisait partie de la «ligne de conduite» mentionnée au premier alinéa de l'art. 13.

Si d'autres preuves sont nécessaires, le professeur Lane a souligné, en se référant aux quatre petites réserves le long de la rivière Cowichan (déclarées en 1867), que [TRADUCTION] «d'après le tableau de la réserve Cowichan publié dans le rapport de la Commission royale McKenna — McBride en 1916, les mêmes réserves Cowichan sont des postes de pêche». Selon le professeur Lane, avant 1871 les Indiens et les Blancs n'étaient pas en concurrence pour pêcher dans la région de la rivière Cowichan et cet énoncé s'accorde avec les déclarations provinciales et fédérales sur une ligne de conduite propre à encourager les Indiens à pêcher dans ces régions. Et finalement, je cite cet échange entre le professeur Lane et l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Q. Professeur Lane, vous avez mentionné la création de réserves le long de la rivière; sont-ce bien les petits points rouges sur la carte?

R. Oui.

Q. Et ces réserves correspondent aux emplacements où les Indiens pratiquent traditionnellement la pêche selon leurs méthodes propres?

R. Oui.

Q. And so, would you agree with this then that the purpose of marking those reserves was to preserve in those places that system of fishing?

A. Yes, although the Indians were not limited to those places.

Q. They were not prevented in fishing elsewhere but they were certainly protected in fishing in those places in these locations?

A. Yes.

Q. And in the traditional manners?

A. Yes.

Q. And is that your interpretation then of the constitution of those small reserves up the Cowichan River?

A. Yes.

And, she noted that all four of these sites were "weir sites".

It is apparent from the foregoing that Indian fishing was an essential element of both "the charge of Indians" and "the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit". It is extremely difficult to separate out the fishery from either Indians or the lands to be reserved for Indians. In the latter case, lands were to be reserved to Indians for the purpose of permitting them to continue their river fishery at the customary stations. In the former case, the Indians were to be encouraged to exploit the fishery, both for their own benefit and that of the incoming white settlers, as a means of avoiding the Indians becoming a charge upon the colonial finances. However one wishes to view the pre-Confederation "policy", it undoubtedly included some elements of an Indian fishing policy.

Accepting, as a preliminary matter, that Indian fishing fell within the pre-Confederation policy, the question then to be determined is the precise content of that policy. One can discern a number of relevant elements:

(1) The fishery was not regulated in any significant manner prior to 1871, whether in respect of Indians or whites.

(2) The Indian fishermen were permitted to continue, and encouraged to continue, fishing for their own food requirements.

Q. Diriez-vous que ces réserves ont été créées afin de protéger ces méthodes de pêche en ces endroits précis?

R. Oui, même si les Indiens n'étaient pas confinés dans ces endroits.

Q. On ne leur interdisait pas de pêcher ailleurs mais la pêche en ces endroits était néanmoins protégée?

R. Oui.

Q. La pêche selon les méthodes traditionnelles?

R. Oui.

Q. C'est ainsi que vous interprétez la création de ces petites réserves le long de la rivière Cowichan?

Q. Oui.

Puis le témoin a souligné que les quatre endroits étaient des emplacements de barrages.

Il est donc évident que les activités de pêche des Indiens étaient un élément essentiel du «soin des Sauvages» et de «la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice». Il est extrêmement difficile de séparer les activités de pêche soit des Indiens soit des terres réservées aux Indiens. Dans ce dernier cas, les terres devaient être réservées aux Indiens afin de leur permettre de continuer à pêcher aux endroits habituels sur la rivière. Dans le premier cas, les Indiens devaient être encouragés à pêcher, non seulement pour eux-mêmes mais pour les colons blancs, afin d'éviter que les Indiens ne deviennent un fardeau financier pour la colonie. Peu importe de quelle façon on envisage la «ligne de conduite» suivie avant la Confédération, il est indéniable qu'elle contient certains éléments d'une ligne de conduite sur les activités de pêche des Indiens.

Ayant donc établi comme premier point, que la pêche par les Indiens faisait partie de la ligne de conduite suivie avant la Confédération, le contenu précis de cette ligne de conduite reste à déterminer. Au départ, les éléments pertinents suivants ressortent:

(1) Avant 1871, il n'existait aucune réglementation appréciable de la pêche pour les Indiens ou pour les Blancs.

(2) Les pêcheurs indiens étaient autorisés et encouragés à pêcher pour se nourrir.

(3) The colonial administration further encouraged the Indian fishery in order to supply some of the food requirements of the white settlers, who devoted their efforts to agriculture.

(4) In 1871 there was no commercial fishery of any importance or scale.

(5) Sport fishing had yet to develop into a significant pastime on the part of the white residents.

Judge Heard at trial was perfectly correct in suggesting that the policy of non-regulation "was predicated on the assumption the fishery resource was inexhaustible". The trial judge described the limited regulation of fish and game by the Colony of Vancouver Island prior to Confederation. In 1859, a bill was passed, entitled "A Bill to Provide For The Preservation of Game", which contains no reference to fish, but only to "any animal of the Deer kind . . . or any Duck, Teal, Goose, Woodcock, or Snipe . . . or any willow grouse or quail . . . or any dusky grouse". Heard P.C.J. discussed an amendment in 1862 to this Act relating to fish, which is unfortunately not found in the exhibits:

The Amendment to the foregoing Bill, dated September 5th, 1862, did regulate the method of catching fish "in Victoria Arm above Point Ellis, or in any lake, pond or standing water in this Colony".

A clear indication that the Assembly felt it had the power to regulate fishing in the Colony.

Other than the 1862 Amendment to the Bill of 1859, there were no fishing regulations in effect for Vancouver Island.

The federal *Fisheries Act* was only proclaimed in British Columbia on July 1, 1876. The first *Salmon Fishery Regulations for British Columbia* were adopted in 1878, and they were minimal. The first reference to Indians in the Regulations is found in those of 1888 where clause 1, relating to the salmon fishery, states:

Fishing by means of nets or other apparatus without leases or licences from the Minister of Marine and

(3) En outre, les autorités coloniales encourageaient les Indiens à pêcher pour nourrir les colons blancs qui consacraient toutes leurs énergies à l'agriculture.

(4) En 1871, il n'y avait pas de pêche commerciale d'envergure.

(5) La pêche sportive n'était pas encore un passe-temps important pour les Blancs de la région.

Le juge Heard de première instance avait parfaitement raison de dire que l'absence de réglementation «était fondée sur l'hypothèse que le poisson était une ressource inépuisable». Voici comment il a expliqué le peu de réglementation sur la pêche et la chasse par la colonie de l'île Vancouver avant la Confédération. En 1859, une loi intitulée [TRADUCTION] «Loi sur la protection du gibier» fut adoptée; elle ne contenait aucune disposition relative au poisson mais visait uniquement [TRADUCTION] «tout animal de la famille du cerf . . . ou tout canard, sarcelle, oie, bécasse ou bécassine . . . ou tout lagopède blanc ou caille . . . ou tout tétra sombre». Le juge Heard a analysé une modification de cette loi qui visait la pêche (un document qui n'a malheureusement pas été produit comme pièce):

[TRADUCTION] Une modification de la loi, en date du 5 septembre 1862, régit la façon de pêcher «à Victoria Arm, au nord de Point Ellis, et dans tout lac, étang ou eau stagnante de la colonie.»

Cela indique clairement que l'assemblée considérait qu'elle avait le pouvoir de réglementer la pêche dans la colonie.

A l'exception de la modification apportée en 1862 à la loi adoptée en 1859, aucun règlement de pêche n'était en vigueur sur l'île Vancouver.

Ce n'est que le 1<sup>er</sup> juillet 1876 que la loi fédérale, la *Loi sur les pêcheries*, est entrée en vigueur en Colombie-Britannique. Le premier [TRADUCTION] *Règlement de pêche du saumon de la Colombie-Britannique* a été adopté en 1878 et la portée en était très limitée. C'est en 1888 que les Indiens ont été mentionnés pour la première fois dans le Règlement et l'article 1 relatif à la pêche au saumon dispose:

[TRADUCTION] Dans toutes les eaux de la Colombie-Britannique, il est interdit de pêcher au filet ou autre-

Fisheries is prohibited in all waters of the Province of British Columbia.

Provided always that Indians shall, at all times, have liberty to fish for the purpose of providing food for themselves but not for sale, barter or traffic, by any means other than with drift nets, or spearing.

The next change in regulations appears in those of 1900, which spelled out in much more detail what might be called the "Indian exception". In 1917, we find the first complete provision relating to control of the Indian fishery, more or less identical to the present day s. 32 of the British Columbia Regulations. An Indian was allowed, with the permission of the Chief Inspector of Fisheries, to catch fish to be used as food for himself and his family but no other purpose. The Chief Inspector was empowered to limit or fix the area of the waters in which, the means by which, and the time in which, such fish might be caught.

As Professor Ralston explained, the Regulations of 1888 came into effect at a period of growth in the fishing industry and on the threshold of great expansion in the British Columbia fishery. Dr. Lane detailed the development of commercial and sport fishing in the Cowichan area at the turn of the century and the conflicts to which this gave rise between the Indians, on the one hand, and the sport fishermen and commercial fishermen, on the other hand. The federal Regulations became increasingly strict in regard to the Indian fishery over time, as first the commercial fishery developed and then sport fishing became common. What we can see is an increasing subjection of the Indian fishery to regulatory control. First, the regulation of the use of drift nets, then the restriction of fishing to food purposes, then the requirement of permission from the Inspector and, ultimately, in 1917, the power to regulate even food fishing by means of conditions attached to the permit.

I think it is apparent from a study of the testimony of the expert witnesses and the documentary evidence that the "policy" of the Colonial

ment sans permis ou licence du ministre de la Marine et des Pêcheries.

Cependant les Indiens ont, en tout temps, le droit de pêcher pour leur alimentation, mais non pour fins de vente, de troc ou de trafic, par tout moyen sauf le filet dérivant ou le harpon.

La modification suivante du Règlement, décrétée en 1900, apporte beaucoup plus de précision à ce qu'on pourrait appeler l'«exception pour les Indiens». C'est dans le texte de 1917 que l'on trouve la première disposition complète sur le contrôle de la pêche par les Indiens, une disposition plus ou moins indentique à l'actuel art. 32 du Règlement de la pêche de la Colombie-Britannique. Elle autorisait un Indien qui détenait un permis de l'inspecteur en chef des pêcheries à pêcher aux seules fins de son alimentation et celle de sa famille. L'inspecteur avait le pouvoir d'établir à quels endroits, par quels moyens et pendant quelle période un Indien pouvait capturer du poisson.

Comme l'a expliqué le professeur Ralston, le Règlement de 1888 est entré en vigueur en un temps où la pêche commerciale prenait de l'ampleur et à la veille de l'essor considérable qu'elle allait connaître en Colombie-Britannique. Le professeur Lane a décrit l'évolution de la pêche commerciale et sportive dans la région de Cowichan au tournant du siècle et a expliqué les conflits qu'elle a suscités entre les Indiens d'une part et les adeptes de la pêche sportive et les pêcheurs commerciaux d'autre part. Face à la popularité de la pêche commerciale puis de la pêche sportive, la réglementation fédérale est, avec le temps, devenue de plus en plus sévère à l'égard des Indiens. On a assisté à l'assujettissement croissant de la pêche par les Indiens au contrôle réglementaire. Cela a commencé par la réglementation de l'usage de filets dérivants qui a été suivie d'une restriction du droit de pêche à des fins d'alimentation, puis de l'obligation d'obtenir un permis de l'inspecteur et enfin, en 1917, du pouvoir de réglementer même la pêche à des fins d'alimentation au moyen de conditions spécifiées dans le permis.

Il me semble évident, à la lumière des témoignages des experts et de la preuve documentaire, que la «ligne de conduite» du gouvernement colonial

government existed in the context of two critical factors which have undergone major change. First, no significant commercial or sports fishery existed prior to Confederation in 1871. Second, the general perception of the fishery resource was as one of limitless proportions, although fluctuations in annual salmon runs were well known. What is plain from the pre-Confederation period is that the Indian fishermen were encouraged to engage in their occupation and to do so for both food and barter purposes.

What protection, then, is afforded Indian fishing by art. 13 of the *Terms of Union*? At a minimum, one can say that "a policy as liberal" requires no discrimination against the Indian fishery as opposed to the commercial or sports fishery. I also think that one could go further—the Colony gave priority to the Indian fishery as an appropriate pursuit for the coastal Indians, primarily for food purposes and, to a lesser extent, for barter purposes with the white residents. Thus, when it comes time to take into consideration the emergence of commercial and sport fisheries, one could suggest that "a policy as liberal" would require clear priority to Indian food fishing and some priority to limited commercial fishing over the competing demands of commercial and sport fishing. Finally, there can be no serious question that conservation measures for the preservation of the resource—effectively unknown to the regulatory authorities prior to 1871—should take precedence over any fishing, whether by Indians, sportsmen, or commercial fishermen. From Dr. Lane's testimony, as well as that of Joseph Elliott, an old member of the Cowichan band, it appears that the Indians themselves practised some form of self-imposed discipline for conservation purposes.

Does the pre-Confederation "policy" as so envisaged, assure the Indian fishery any protection in the absence of a statute or treaty or other formal document, to which one can point, embodying the protection sought to be asserted? In response to this question, in my view a denial of some measure or protection moves from a mistaken perception of the issues arising out of art. 13. The "policy" is not disembodied. Article 13 does

était fondée sur deux éléments décisifs qui ont subi d'importants changements. Premièrement, la pêche commerciale et sportive était quasi inexistante en 1871. Deuxièmement, à l'époque, la pêche était généralement considérée comme une ressource inépuisable même si l'on connaissait bien les variations dans les remontes annuelles de saumon. Il est manifeste que durant les années qui ont précédé la Confédération, les pêcheurs indiens ont été encouragés à poursuivre leur activité non seulement pour se nourrir mais aussi pour le troc.

En conséquence, dans quelle mesure l'art. 13 des *Conditions de l'Union* protège-t-il la pêche par les Indiens? A tout le moins, on peut certainement dire qu'une ligne de conduite aussi libérale interdit toute discrimination à l'égard de la pêche par les Indiens, par opposition à la pêche commerciale ou sportive. On peut aussi aller plus loin—la colonie accordait la priorité à la pêche par les Indiens des régions côtières parce qu'elle leur permettait d'abord de se nourrir et, à un degré moindre, de faire du troc avec les Blancs. En conséquence, face à l'évolution de la pêche commerciale et sportive, il est permis de penser qu'on entendait par l'expression «une ligne de conduite aussi libérale», accorder la première priorité à la pêche par les Indiens à des fins d'alimentation et une certaine priorité à une pêche commerciale restreinte, partagée entre la pêche commerciale et sportive. Finalement, il est clair que les mesures destinées à la protection des ressources—totalement absentes des textes réglementaires avant 1871—priment sur tout genre de pêche, qu'il s'agisse de la pêche par les Indiens, de pêche commerciale ou sportive. Selon le professeur Lane et Joseph Elliott, un membre âgé de la bande Cowichan, il appert que les Indiens observaient, de leur propre initiative, certaines règles en vue de la protection des pêcheries.

En conséquence, cette «ligne de conduite» en vigueur avant la Confédération assure-t-elle à la pêche par les Indiens une protection quelconque en l'absence d'une loi, d'un traité ou d'un autre texte officiel qui reconnaît la protection revendiquée? En réponse à cette question, j'estime que la négation de toute protection résulte d'une interprétation erronée de l'art. 13. La «ligne de conduite» ne se situe pas dans le vide. L'article 13 ne parle pas

not speak of "Indian fishing rights" but only "a policy as liberal". The reference to "policy" in art. 13 establishes a limitation upon the federal legislative power in relation to the Indian fishery and sets up a standard against which that federal legislation is to be tested. It is not necessary for the appellants in this case to point to any underlying basis of "rights" for art. 13, whether based upon aboriginal title or treaty. It is sufficient to detail the pre-Confederation policy of the colonial government.

Article 13 subjects the exercise of federal powers to a limitation in respect of Indians, in that it requires the federal government to continue "a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government". The language of the restriction is imperative—such a policy "shall be continued by the Dominion Government after the Union". It would seem strange if the effect of this standard inserted into art. 13 were nothing more than "policy", *i.e.* expediency, alterable at the unilateral option of the federal government. To frame the restriction in that manner would be to deny it any constitutional effect. The "policy" may be difficult to construe and the historical evidence may be fragmentary, but that is hardly reason to deprive the provision of any effect.

The appellants' argument rests not upon any "right" derived from treaty or aboriginal title that can be invoked against federal legislation, rather upon a constitutional limitation of that very federal power to legislate in respect of Indians in British Columbia, a limitation imposed upon the federal government in the *Terms of Union*.

Article 13 of the *Terms of Union* does not demand of the federal government "a policy the same as that hitherto pursued", but only "a policy as liberal as that hitherto pursued". That not only introduces an element of flexibility, but also requires the Court to balance the pre-Confederation policy with the current measures. In assessing the liberality of the post-Confederation policy, it is necessary to take into account both the emergence of conservation as a limitation by reason of declin-

des «droits de pêche des Indiens» mais uniquement d'«une ligne de conduite aussi libérale». La mention de la «ligne de conduite» dans l'art. 13 fixe des limites au pouvoir législatif fédéral relativement à la pêche par les Indiens et établit une norme que la législation fédérale doit respecter. En l'espèce, les appelants n'ont pas à fonder de «droits» à l'art. 13, soit sur un titre aborigène ou un traité. Il leur suffit d'établir la ligne de conduite suivie par le gouvernement colonial avant la Confédération.

L'article 13 assujettit l'exercice des pouvoirs fédéraux à une restriction en ce qui concerne les Indiens; il oblige le gouvernement fédéral à poursuivre «une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique». Le texte de cette restriction est impératif—cette ligne de conduite «sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union». Il serait étrange que cette norme insérée dans l'art. 13 ne soit rien de plus qu'une «ligne de conduite» au sens d'énoncé opportuniste, susceptible d'être modifié unilatéralement par le gouvernement fédéral. Concevoir la restriction de cette façon lui enlèverait tout effet constitutionnel. La «ligne de conduite» peut être difficile à interpréter et la preuve historique peut être fragmentaire mais ce n'est pas une raison d'enlever tout effet à la disposition.

L'argumentation des appelants n'est pas fondée sur un «droit» qui découle d'un traité ni sur un titre aborigène qui peut être invoqué contre la loi fédérale, elle repose plutôt sur une restriction constitutionnelle du pouvoir même du fédéral de légiférer à l'égard des Indiens de la Colombie-Britannique, une restriction imposée au gouvernement fédéral par les *Conditions de l'Union*.

L'article 13 des *Conditions de l'Union* n'exige pas que le gouvernement fédéral suive «la même ligne de conduite que celle suivie jusqu'ici» mais seulement «une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici». Cela n'introduit pas seulement un élément de flexibilité mais oblige également les tribunaux à équilibrer la ligne de conduite en vigueur avant la Confédération avec les contraintes actuelles. Aux fins de l'évaluation du caractère libéral de la ligne de conduite suivie

ing fish stocks and the development of a commercial and sports fishery after 1871. Article 13 does not deprive the federal government of all regulatory authority, nor does it require an absolute priority be given to the Indian fishery.

Conservation is a valid legislative concern. The appellants concede as much. Their concern is in the allocation of the resource after reasonable and necessary conservation measures have been recognized and given effect to. They do not claim the right to pursue the last living salmon until it is caught. Their position, as I understand it, is one which would give effect to an order of priorities of this nature: (i) conservation; (ii) Indian fishing; (iii) non-Indian commercial fishing; or (iv) non-Indian sports fishing; the burden of conservation measures should not fall primarily upon the Indian fishery.

I agree with the general tenor of this argument. Article 13 calls for distinct protection of the Indian fishery, in that pre-Confederation policy gave the Indians a priority in the fishery. That priority is at its strongest when we speak of Indian fishing for food purposes, but somewhat weaker when we come to local commercial purposes. If there are to be limitations upon the taking of salmon here, then those limitations must not bear more heavily upon the Indian fishery than the other forms of the fishery. With respect to whatever salmon are to be caught, then priority ought to be given to the Indian fishermen, subject to the practical difficulties occasioned by international waters and the movement of the fish themselves. But any limitation upon Indian fishing that is established for a valid conservation purpose overrides the protection afforded the Indian fishery by art. 13, just as such conservation measures override other taking of fish.

Unfortunately for the appellants, the facts of this case do not fall within their self-described limits of art. 13. In 1974, the spring salmon run was later than its usual mid-August peak of entry

après la Confédération, il faut à la fois tenir compte d'une contrainte justifiée par le besoin de protection à cause de la diminution des bancs de poisson et le développement de la pêche commerciale et sportive après 1871. L'article 13 n'enlève pas tout pouvoir réglementaire au gouvernement fédéral et n'accorde pas à la pêche par les Indiens une priorité absolue.

La protection des ressources constitue une considération législative valide. Les appelants l'admettent. Ce qui les préoccupe c'est plutôt la répartition des ressources après la détermination et l'application des mesures de protection raisonnables et nécessaires. Ils ne réclament pas le droit de pêcher jusqu'au dernier saumon. Ils préconisent plutôt, me semble-t-il, l'ordre de priorité suivant: (i) la protection de la ressource; (ii) la pêche par les Indiens; (iii) la pêche commerciale par les non-Indiens; ou (iv) la pêche sportive par les non-Indiens; les Indiens ne devraient pas subir en premier lieu le fardeau des mesures de protection.

J'accepte cet argument dans ses grandes lignes. L'article 13 exige qu'une protection distincte soit accordée à la pêche par les Indiens parce que la ligne de conduite suivie avant la Confédération accordait priorité aux Indiens en ce domaine. Cette priorité se comprend pleinement lorsque les Indiens pêchent pour se nourrir mais s'explique moins bien lorsqu'il s'agit de pêche à des fins de commerce local. Si la pêche au saumon doit être limitée, les restrictions imposées ne doivent pas être plus lourdes pour la pêche faite par les Indiens que pour les autres genres de pêche. En ce qui concerne la pêche du saumon, les pêcheurs indiens doivent avoir priorité, sous réserve des difficultés pratiques relatives aux eaux internationales et aux déplacements du poisson. Mais toute restriction à la pêche par les Indiens établie conformément à un objectif valide de protection des ressources l'emporte sur la protection de la pêche par les Indiens prévue à l'art. 13, au même titre que ces mesures de protection l'emportent sur les autres genres de pêche.

Malheureusement pour les appelants, les faits de l'espèce n'entrent pas dans le cadre de l'art. 13, selon leur propre description de ce qu'il implique. En 1974, la remonte du saumon dans la baie

into Cowichan Bay. The salmon run appeared to be well below average, about half of the normal run for the Cowichan, on the basis of the information then available to the Fisheries officials. At the same time, there was record or near-record low precipitation and consequently low water levels in the Cowichan river system. The officials responded first by closing a portion of Cowichan Bay to sports fishing by an order effective August 27. The next step was an order of closure of the river to all fishing on September 22, 1974. The closures were lifted on November 17, 1974. In the circumstances, I find it difficult to perceive how conservation could have been assured by any other method which could have given the necessary priority to the Indian river fishery.

Having said that, I would nonetheless reject the view of the matter put forward by the respondent in this appeal:

The Regulations and Closing Order are aimed at all persons in an effort to conserve adequate stocks of fish . . . .

Decisions in this regard are made by appropriate legislative authority and the wisdom of such decisions are not matters for review by the Courts.

By reason of the constitutional nature of art. 13, the contention that the steps taken by the Fisheries officials here are immune from review by the Courts is untenable. A mere order of closure by a Fisheries officer in British Columbia under s. 4 of the Regulations may be a clear indication of a conservation purpose, but it is not conclusive on the question of protection of Indian fishing. Considerable latitude should be given to the judgment of the Fisheries officials in deciding the questions of when closure is required for conservation purposes and how that closure is to be effected. That does not, however, completely shield those measures from judicial review for constitutional competence.

If there is a challenge, then the questions on review will be whether the steps taken by the Fisheries authorities were reasonable and necessary for the purposes of conservation, and whether

Cowichan s'est produite plus tard que la date usuelle, la mi-août. En fait, la remonte du saumon s'est avérée bien inférieure à la moyenne, environ la moitié de la remonte normale pour la Cowichan, selon les données dont disposaient à l'époque les fonctionnaires des pêcheries. Au même moment, on a atteint ou presque un record de sécheresse et, en conséquence, le niveau de l'eau de la rivière Cowichan était bas. Les fonctionnaires ont d'abord interdit la pêche sportive dans une partie de la baie Cowichan par une ordonnance entrée en vigueur le 27 août. Puis, le 22 septembre 1974, ils ont interdit toute pêche dans la rivière. Ces interdictions ont été levées le 17 novembre 1974. Dans les circonstances, il me semble difficile d'imaginer par quelle autre méthode la protection de la ressource aurait pu être assurée tout en accordant la priorité nécessaire à la pêche par les Indiens.

Cela dit, je rejetterais néanmoins la prétention suivante de l'intimée:

[TRADUCTION] Le règlement et l'ordonnance de fermeture s'appliquent à tous et visent à conserver une quantité raisonnable de poisson . . .

Les décisions dans ce domaine sont prises par l'autorité législative compétente et leur opportunité n'est pas susceptible de révision par les cours.

Vu le caractère constitutionnel de l'art. 13, on ne peut retenir la prétention que les mesures prises par les fonctionnaires des pêcheries sont à l'abri du contrôle judiciaire. Une simple ordonnance de fermeture rendue par un fonctionnaire des pêcheries de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 4 du Règlement peut clairement indiquer qu'elle est faite à des fins de protection des ressources, mais elle n'est pas concluante sur la question de la protection de la pêche par les Indiens. Les fonctionnaires des pêcheries devraient bénéficier d'une grande liberté d'action pour décider quand ordonner une fermeture à des fins de protection et comment l'appliquer. Mais cela ne met pas pour autant ces mesures à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la compétence constitutionnelle.

En cas de contestation, il s'agira, en révision, de déterminer si les mesures de protection prises par les autorités responsables des pêcheries étaient raisonnables et nécessaires et si on a fait des efforts

efforts were made to assure priority to the Indian fishery, within the practical limits of modern fisheries management.

On the facts of the case at bar, and in particular the evidence of Mr. Armstrong, the senior Fisheries officer, it seems to me that the Fisheries officials have shown that the closure of the river fishery was reasonable and necessary for the purpose of conservation and does not offend against the priority assured to the Indian fishery by reason of art. 13 of the *Terms of Union*.

In the result, I would dismiss the appeals.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellants: Douglas Sanders, Victoria*

*Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the Attorney General of British Columbia: R. M. J. Hutchinson, Victoria.*

en vue d'accorder la priorité à la pêche par les Indiens, compte tenu des contingences pratiques de la gestion moderne des pêcheries.

Vu les faits de l'espèce et particulièrement le témoignage de M. Armstrong, fonctionnaire supérieur des pêcheries, il me semble que les fonctionnaires des pêcheries ont établi que l'interdiction de pêcher dans la rivière était raisonnable et nécessaire à des fins de protection des ressources et ne va pas à l'encontre de la priorité accordée à la pêche par les Indiens par l'art. 13 des *Conditions de l'Union*.

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

*Pourvois rejetés.*

*Procureur des appelants: Douglas Sanders, Victoria.*

*Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureur du Procureur-général de la Colombie-Britannique: R. M. J. Hutchinson, Victoria.*