1973 CanLII 4 (SCC)

Frank Calder *et al.*, suing on their own behalf and on behalf of **All Other Members of the Nishga Tribal Council,** and **James Gosnell** *et al.*, suing on their own behalf and on behalf of **All Other Members of the Gitlakdamix Indian Band,** and **Maurice Nyce** *et al.*, suing on their own behalf and on behalf of **All Other Members of the Canyon City Indian Band,** and **W. D. McKay** *et al.*, suing on their own behalf and on behalf of **All Other Members of the Greenville Indian Band,** and **Anthony Robinson** *et al.*, suing on their own behalf and on behalf of **All Other Members of the Kincolith Indian Band** *Appellants;*

and

Attorney-General of British Columbia *Respondent.*

1971: November 29, 30, December 1, 2, 3; 1973: January 31.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians—Aboriginal title to lands—Territory occupied by Nishga Tribe—Extinguishment of title.

Crown—Sovereign immunity—Claim of title against Crown in right of Province—Absence of fiat of Lieutenant-Governor—Court without jurisdiction to make declaration requested—Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, c. 89.

The appellants, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Nishga Tribal Council and four Indian bands, brought an action against the Attorney-General of British Columbia for a declaration "that the aboriginal title, otherwise known as the Indian title, of the Plaintiffs to their ancient tribal territory . . . has never been lawfully extinguished". It was agreed that this territory consisted of 1,000 square miles in and around the Nass River Valley, Observatory Inlet, Portland Inlet and the Portland Canal, all located in northwestern British Columbia. The action was dismissed at trial and the Court of Appeal rejected the appeal. With leave, the appellants then appealed to this Court.

Frank Calder *et al.*, poursuivant en leur propre nom et au nom de **Tous les autres Membres du Conseil de la Tribu des Nishgas,** et **James Gosnell** *et al.*, poursuivant en leur propre nom et au nom de **Tous les autres Membres de la Bande Indienne Gitlakdamix,** et **Maurice Nyce** *et al.*, poursuivant en leur propre nom et au nom de **Tous les autres Membres de la Bande Indienne de Canyon City,** et **W. D. McKay** *et al.*, poursuivant en leur propre nom et au nom de **Tous les autres Membres de la Bande Indienne de Greenville,** et **Anthony Robinson** *et al.*, poursuivant en leur propre nom et au nom de **Tous les autres Membres de la Bande Indienne Kincolith** *Appelants;*

et

Le Procureur Général de la Colombie-Britannique *Intimé.*

1971: les 29 et 30 novembre, 1er, 2 et 3 décembre; 1973: le 31 janvier.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence, Pigeon et Laskin.

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

Indiens—Titre aborigène sur des terres—Territoire occupé par la tribu des Nishgas—Extinction du titre.

Couronne—Immunité du souverain—Revendication d'un titre contre la Couronne du chef d'une province—Aucune autorisation du lieutenant-gouverneur—La Cour est sans compétence pour faire la déclaration demandée—Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, c. 89.

Les appelants ont engagé une poursuite, en leur nom et en celui de tous les membres du conseil de la tribu indienne des Nishgas et de quatre bandes indiennes, contre le procureur général de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir une déclaration «suivant laquelle le titre aborigène, autrement dit titre indien, que les demandeurs détiennent sur leur ancien territoire tribal . . . n'a jamais été juridiquement éteint». Il a été convenu que ce territoire consistait en 1,000 milles carrés dans la vallée de la Nass, l'Observatory Inlet, le Portland Inlet, le canal Portland et leurs environs, au nord-ouest de la Colombie-Britannique. L'action a été rejetée en première instance et en Cour d'appel. Les appelants ont obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour.

Held (Hall, Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson and Ritchie JJ.: The Royal Proclamation of October 7, 1763, which the appellants claimed applied to the Nishga territory and entitled them to its protection, had no bearing upon the problem of Indian title in British Columbia. The history of the discovery and settlement of British Columbia demonstrated that the Nass Valley, and, indeed, the whole of the Province could not possibly be within the terms of the Proclamation. The area in question did not come under British sovereignty until the Treaty of Oregon in 1846. The Nishga bands, therefore, were not any of the several nations or tribes of Indians who lived under British protection in 1763 and they were outside the scope of the Proclamation.

When the Colony of British Columbia was established in 1858, the Nishga territory became part of it. The fee was in the Crown in right of the Colony until July 20, 1871, when the Colony entered Confederation, and thereafter in the Crown in right of the Province of British Columbia, except only in respect of those lands transferred to the Dominion under the Terms of Union.

A series of proclamations by Governor Douglas between 1858 and 1863, followed by four ordinances enacted between 1865 and 1870, revealed a unity of intention to exercise, and the legislative exercising, of absolute sovereignty over all the lands of British Columbia, a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including one as to "aboriginal title".

Under art. 13 of the Terms of Union, the charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, were assumed by the Dominion Government. The recommendations of a Royal Commission in 1913 resulted in the establishment of new or confirmation of old Indian reserves in the Nass area. Although it was said that this was done over Indian objections, nevertheless the federal authority did act under its powers under s. 91(24) of the *B.N.A. Act*. It agreed, on behalf of the Indians, with the policy of establishing these reserves.

Also, the Government of the original Crown Colony and, since 1871, the Government of British

Arrêt: L'appel doit être rejeté, les Juges Hall, Spence et Laskin étant dissidents.

Les Juges Martland, Judson et Laskin: La Proclamation Royale du 7 octobre 1763 qui, selon les prétentions des appelants, s'applique au territoire nishga et leur donne droit à la protection fournie par celle-ci, n'a rien à voir avec le problème du titre indien en Colombie-Britannique. L'histoire de la découverte et de la colonisation de la Colombie-Britannique démontrent que la vallée de la Nass et, de fait, l'ensemble de la province ne pouvaient absolument pas être visées par la Proclamation. La région en question n'a été soumise à la souveraineté britannique qu'au moment de la conclusion du traité de l'Orégon en 1846. Par conséquent, les bandes nishgas ne faisaient pas partie de l'une des diverses bandes ou tribus indiennes soumises à la protection britannique en 1763 et n'étaient pas visées par la Proclamation.

Lorsque la colonie de la Colombie-Britannique a été établie en 1858, il est certain que le territoire nishga en faisait partie. La Couronne du chef de la colonie a été propriétaire jusqu'au 20 juillet 1871, jour de l'entrée de la colonie dans la Confédération, et la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique est devenue alors propriétaire, sauf à l'égard des terres transférées au Dominion en vertu des conditions de l'Union.

Une série de proclamations du gouverneur Douglas entre 1858 et 1863, suivie de quatre ordonnances adoptées entre 1865 et 1870, révèlent une unité d'intention, soit l'exercice du pouvoir législatif et de la souveraineté absolue sur toutes les terres de la Colombie-Britannique, souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris le «titre aborigène».

En vertu de l'art. 13 des conditions de l'Union, le soin des Indiens, et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, ont été assumés par le Gouvernement fédéral. Les recommandations d'une Commission Royale de 1913 ont entraîné l'établissement de nouvelles réserves indiennes dans la région de la Nass ou la confirmation d'anciennes réserves dans cette région. Bien qu'on dise que cela s'est fait malgré les objections des Indiens, néanmoins, l'autorité fédérale a exercé son pouvoir en vertu de l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Elle a accepté, pour le compte des Indiens, la politique consistant à établir ces réserves.

Le gouvernement de ce qui fut d'abord une colonie de la Couronne, et depuis 1871, le gouvernement de

1973 CanLII 4 (SCC)

Columbia had made alienations in the Nass Valley that were inconsistent with the existence of aboriginal title. Further, the establishment of the railway belt under the Terms of Union was inconsistent with the recognition and continued existence of Indian title.

In view of the conclusion reached as to the disposition of the appeal, it was not necessary to determine the point raised by the respondent that the Court did not have jurisdiction to make the declaratory order requested because the granting of a fiat under the *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89, was a necessary prerequisite to bringing the action and it had not been obtained. However, agreement was expressed with the reasons of Pigeon J. dealing with this point.

St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46; *Johnson v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 240; *Worcester v. State of Georgia* (1832), 31 U.S. 530; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.* (1941), 314 U.S. 339; *United States v. Alcea Band of Tillamooks* (1946), 329 U.S. 40; (1951), 341 U.S. 48; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* (1955), 348 U.S. 272, referred to.

Per Pigeon J.: Although sovereign immunity from suit without a fiat has been removed by legislation at the federal level and in most of the Provinces, this has not yet been done in British Columbia. Accordingly, the preliminary objection that the declaration prayed for, being a claim of title against the Crown in the right of the Province of British Columbia, the Court has no jurisdiction to make it in the absence of a fiat of the Lieutenant-Governor of that Province, should be upheld.

Lovibond v. Governor General of Canada, [1930] A.C. 717; *Attorney-General for Ontario v. McLean Gold Mines*, [1927] A.C. 185, applied.

Per Hall, Spence and Laskin JJ., *dissenting:* The proposition accepted by the Courts below that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer was wholly wrong. There is a wealth of jurisprudence affirming common law recognition of aboriginal rights to possession and enjoyment of lands of aboriginees precisely analogous to the Nishga situation.

la Colombie-Britannique ont aussi passé des actes d'aliénation dans la vallée de la Nass, et qui vont à l'encontre de l'existence d'un titre aborigène. De plus, l'établissement de la ceinture ferroviaire, en vertu des conditions de l'Union, est incompatible avec la reconnaissance d'un titre indien et la continuation de l'existence de celui-ci.

Étant donné la conclusion formulée en cette affaire, il n'est pas nécessaire de statuer sur la question soulevée par l'intimé que la Cour ne serait pas compétente pour rendre l'ordonnance déclaratoire demandée parce qu'avant d'engager l'action, il fallait obtenir une autorisation en vertu du *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89, et que celle-ci n'a pas été obtenue. Cependant, l'avis exprimé par le Juge Pigeon dans ses motifs doit être suivi.

Arrêts mentionnés: St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46; *Johnson v. McIntosh* (1823), 21 U.S. 240; *Worcester v. State of Georgia* (1832), 31 U.S. 530; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.* (1941), 314 U.S. 339; *United States v. Alcea Band of Tillamooks* (1946), 329 U.S. 40; (1951), 341 U.S. 48; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* (1955), 348 U.S. 272.

Le Juge Pigeon: Bien que l'immunité du Souverain contre les poursuites intentées sans autorisation a été enlevée par la loi, au niveau fédéral et dans la plupart des provinces, ce n'est pas le cas en Colombie-Britannique. Par conséquent, on doit accueillir l'objection préliminaire selon laquelle la déclaration demandée étant la revendication d'un titre contre la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique, la Cour n'est pas compétente pour faire cette déclaration à défaut d'une autorisation du lieutenant-gouverneur de cette province.

Arrêts suivis: *Lovibond v. Governor General of Canada*, [1930] A.C. 717; *Attorney-General for Ontario v. McLean Gold Mines* [1927] A.C. 185.

Les Juges Hall, Spence et Laskin, *dissidents:* La proposition acceptée par les cours d'instance inférieure qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur, est entièrement erronnée. Il existe une abondante jurisprudence confirmant que la common law reconnaît les droits aborigènes, à la possession et à la jouissance des terres des aborigènes dans des cas précisément analogues à la situation qui se présente en ce qui concerne les Nishgas.

1973 CanLII 4 (SCC)

Paralleling and supporting the claim of the Nishgas that they have a certain right or title to the lands in question was the guarantee of Indian rights contained in the Royal Proclamation of 1763. The wording of the Proclamation indicated that it was intended to include the lands west of the Rocky Mountains.

Once aboriginal title is established, it is presumed to continue until the contrary is proven. When the Nishga people came under British sovereignty they were entitled to assert, as a legal right, their Indian title. It being a legal right, it could not thereafter be extinguished except by surrender to the Crown or by competent legislative authority, and then only by specific legislation. There was no surrender by the Nishgas and neither the Colony of British Columbia nor the Province, after Confederation, enacted legislation specifically purporting to extinguish the Indian title nor did the Parliament of Canada.

Further, on the question of extinguishment, the respondent relied on what was done by way of Acts, Ordinances and Proclamations by Governors Douglas and Seymour and the Council of British Columbia. However, as submitted by the appellants, if either Douglas or Seymour or the Council of the Colony of British Columbia did purport to extinguish the Nishga title any such attempt was beyond the powers of either the Governors or the Council and what, if anything, was attempted in this respect was *ultra vires*.

As to the pre-emption provision in the consolidating Ordinance of July 1, 1870, on which the Courts below chiefly relied in making the finding that the Indian title in British Columbia had been extinguished, it was obvious that this enactment did not apply to the Nishga lands on the Nass River. The Northwest boundary of the Colony in that area was still in dispute at the time.

On the question of jurisdiction, actions against the Crown in British Columbia are governed by the *Crown Procedure Act* and this Act provides for the petition of right procedure, which requires that a fiat be obtained as evidence of the consent of the Crown to the action. However, the petition of right procedure does not apply to proceedings seeking declaratory or equitable relief. Furthermore, the validity of what was done by Governors Douglas and Seymour and by the Council of the Colony of British Columbia was a vital question to be decided in this appeal and the Province could not be permitted to deny access

De plus, à l'appui de la revendication des Nishgas qu'ils ont un certain droit ou titre sur les biens-fonds en question se trouve la garantie énoncée dans la Proclamation Royale de 1763 au sujet des droits indiens. Le libellé de la Proclamation elle-même montre d'une façon passablement claire qu'elle devait inclure les terres à l'ouest des Rocheuses.

Une fois que le titre aborigène est établi, on présume qu'il demeure, jusqu'à preuve du contraire. Lorsque le peuple nishga a été soumis à la souveraineté britannique, il avait le droit de faire valoir son titre indien, comme droit juridique. Cela étant, ce droit ne pouvait pas être éteint par la suite sauf par cession à la Couronne ou par le pouvoir législatif compétent, et alors uniquement au moyen d'une loi précise. Les Nishgas n'ont pas cédé leurs terres et ni la colonie de la Colombie-Britannique ni la province, après la confédération, n'ont adopté une loi visant expressément à éteindre le titre indien; il en a été de même pour le Parlement du Canada.

De plus sur la question de l'extinction, l'intimé se fonde sur les lois, ordonnances et proclamations des gouverneurs Douglas et Seymour et du Conseil de la Colombie-Britannique. Par contre, les appelants soutiennent que si Douglas ou Seymour ou le Conseil de la colonie de la Colombie-Britannique, ont voulu éteindre le titre nishga, ils n'étaient pas compétents à cet égard et leurs tentatives, s'il en fut, étaient *ultra vires*.

Quant à la disposition de préemption que l'on retrouve dans la refonte de l'Ordonnance du 1er juillet 1870, sur laquelle se sont principalement fondées les cours d'instance inférieure pour conclure que le titre indien a été éteint en Colombie-Britannique, il est évident que cette disposition législative ne s'appliquait pas aux terres nishgas de la Nass. La frontière nord de la colonie dans cette région était encore en litige.

Sur la question de juridiction, en Colombie-Britannique, les actions contre la Couronne sont régies par le *Crown Procedure Act* et cette loi crée la procédure de la pétition de droit, qui requiert le consentement de la Couronne, établi par une autorisation de poursuivre. Cependant, la procédure de la pétition de droit ne s'applique pas aux procédures en vue d'obtenir un redressement déclaratoire ou d'«equity». De plus, la validité des actes des gouverneurs Douglas et Seymour et du Conseil de la colonie de la Colombie-Britannique est une question vitale sur laquelle il faut statuer dans le présent appel et la province ne peut

1973 CanLII (SCC)

by the Nishgas to the Courts for the determination of that question.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing an appeal from a judgment of Gould J. Appeal dismissed, Hall, Spence and Laskin JJ. dissenting.

T. R. Berger, D. J. Rosenbloom and J. M. Baigent, for the appellants.

D. McK. Brown, Q.C., and *A. W. Hobbs, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Martland, Judson and Ritchie JJ. was delivered by

JUDSON J.—The appellants sue, as representatives of the Nishga Indian Tribe, for a declaration "that the aboriginal title, otherwise known as the Indian title, of the Plaintiffs . . . has never been lawfully extinguished". The action was dismissed at trial. The Court of Appeal rejected the appeal. The appellants appeal from both decisions.

The appellants are members of the Nishga Nation, which is made up of four bands: Gitlakdami, Canyon City, Greenville and Kincolith. They are officers of the Nishga Tribal Council and councillors of each of the four Indian bands. They are descendants of the Indians who have inhabited since time immemorial the territory in question, where they have hunted, fished and roamed. It was agreed for purposes of this litigation that this territory consisted of 1,000 square miles in and around the Nass River Valley, Observatory Inlet, Portland Inlet and the Portland Canal, all located in northwestern British Columbia. No other interest has intervened in this litigation to question the accuracy of this agreed statement of facts.

The Crown in right of the province has made certain grants in this territory, some in fee simple; in other cases rights of pre-emption, mineral and mining rights, petroleum permits,

[1] (1970), 74 W.W.R. 481, 13 D.L.R. (3d) 64.

pas être autorisée à empêcher les Nighgas de demander aux tribunaux de se prononcer sur cette question.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], rejetant un appel d'un jugement du Juge Gould. Appel rejeté, les Juges Hall, Spence et Laskin étant dissidents.

T. R. Berger, D. J. Rosenbloom et J. M. Baigent, pour les appelants.

D. McK. Brown, c.r., et *A. W. Hobbs, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement des Juges Martland, Judson et Ritchie a été rendu par

LE JUGE JUDSON—Les appelants ont engagé des poursuites, en leur qualité de représentants de la tribu indienne des Nishgas, en vue d'obtenir une déclaration [TRADUCTION] «suivant laquelle le titre aborigène, autrement dit titre indien, qu'ils détiennent . . . n'a jamais été juridiquement éteint». L'action a été rejetée en première instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel. Les appelants ont interjeté appel contre les deux décisions.

Les appelants sont membres de la nation nishga, composée de quatre bandes: Gitlakdami, Canyon City, Greenville et Kincolith. Ils représentent le conseil de la tribu des Nishgas et sont conseillers de chacune des quatre bandes indiennes. Ce sont les descendants des Indiens qui ont habité de temps immémorial le territoire en question, où ils ont chassé, pêché et erré en nomades. Aux fins du présent litige, il a été convenu que ce territoire consistait en 1,000 milles carrés dans la vallée de la Nass, l'Observatory Inlet, le Portland Inlet, le canal Portland et leurs environs, au nord-ouest de la Colombie-Britannique. Aucune autre partie n'est intervenue dans le présent litige en vue de contester l'exactitude de cet exposé des faits reconnus.

La Couronne du chef de la province a fait certaines concessions sur ce territoire, dont certaines en pleine propriété; dans d'autres cas, elle a accordé des droits de préemption, des droits

[1] (1970), 74 W.W.R. 481, 13 D.L.R. (3d) 64.

1973 CanLII 4 (SCC)

forestry rights and titles, and tree farm licences. However, the vast bulk of the area remains still unalienated.

No treaty or contract with the Crown or the Hudson's Bay Company has ever been entered into with respect to the area by anyone on behalf of the Nishga Nation. Within the area there are a number of reserves but they comprise only a small part of the total land. The Nishga Nation did not agree to or accept the creation of these reserves. The Nishgas claim that their title arises out of aboriginal occupation; that recognition of such a title is a concept well embedded in English law; that it is not dependent on treaty, executive order or legislative enactment. In the alternative they say that if executive or legislative recognition ever was needed, it is to be found in the Royal Proclamation of 1763, in Imperial Statutes acknowledging that what is now British Columbia was "Indian Territory", and in Royal instructions to the Governor of British Columbia. Finally, they say that their title has never been extinguished.

All these claims, at one point or another, were rejected in the judgments under appeal.

In the agreed statement of facts, the mode of life of the Indians is set out in rather bald terms. This description is amplified in the material filed at the hearing. I refer to *The Indian History of British Columbia*, chapter 8, by Wilson Duff, published in 1964:

It is not correct to say that the Indians did not "own" the land but only roamed over the face of it and "used" it. The patterns of ownership and utilization which they imposed upon the lands and waters were different from those recognized by our system of law, but were nonetheless clearly defined and mutually respected. Even if they didn't subdivide and cultivate the land, they did recognize ownership of plots used for village sites, fishing places, berry and root patches, and similar purposes. Even if they

d'exploitation des minerais, des droits miniers, des permis d'exploitation du pétrole, des droits et titres forestiers, et des permis de ferme arboricole. Toutefois, la majeure partie de la région n'a pas encore été aliénée.

Aucun traité ou contrat n'a été conclu entre la Couronne ou la Compagnie de la Baie d'Hudson et quelque représentant de la nation nishga, en ce qui concerne la région. Dans les limites de la région, il y a un certain nombre de réserves mais elles ne comprennent qu'une petite partie de l'ensemble des terres. La nation nishga n'a pas consenti à la création de ces réserves, ou ne l'a jamais acceptée. Les Nishgas allèguent que leur titre découle de l'occupation aborigène; que la reconnaissance de pareil titre est une notion bien établie en droit anglais; que le titre ne dépend pas d'un traité, d'une ordonnance du pouvoir exécutif ou d'une disposition législative. Subsidiairement, ils disent que si une reconnaissance par le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif était nécessaire, elle se trouve dans la Proclamation royale de 1763, dans les lois impériales reconnaissant que ce qui est maintenant la Colombie-Britannique était un «territoire indien», et dans les instructions royales au gouverneur de la Colombie-Britannique. Finalement, ils disent que leur titre n'a jamais été éteint.

Toutes ces allégations ont été, à un stade ou à un autre, repoussées dans les jugements *a quo*.

Dans l'exposé des faits reconnus, le mode de vie des Indiens est décrit en termes plutôt forts. Cette question est approfondie dans les documents produits à l'audition. Mentionnons l'ouvrage *The Indian History of British Columbia*, ch. 8, de Wilson Duff, publié en 1964:

[TRADUCTION] Il n'est pas exact de dire que les Indiens n'étaient pas «propriétaires» des terres mais y erraient en nomades tout en les «utilisant». Les systèmes de propriété et d'utilisation qu'ils imposaient sur les terres et cours d'eau étaient différents de ceux qui sont reconnus par notre système de droit, mais ils étaient néanmoins clairement définis et mutuellement respectés. Même s'ils n'ont pas subdivisé les terres et ne les ont pas cultivées, ils reconnaissaient la propriété des parcelles utilisées comme emplacements de

1973 CanLII 4 (SCC)

didn't subject the forests to wholesale logging, they did establish ownership of tracts used for hunting, trapping, and foodgathering. Even if they didn't sink mine shafts into the moutains, they did own peaks and valleys for mountain goat hunting and as sources of raw materials. Except for barren and inaccessible areas which are not utilized even today, every part of the Province was formerly within the owned and recognized territory of one or other of the Indian tribes.

The Nishga answer to government assertions of absolute ownership of the land within their boundaries was made as early as 1888 before the first Royal Commission to visit the Nass Valley. Their spokesman said:

David Mackay—What we don't like about the Government is their saying this: "We will give you this much land." How can they give it when it is our own? We cannot understand it. They have never bought it from us or our forefathers. They have never fought and conquered our people and taken the land in that way, and yet they say now that they will give us so much land—our own land. These chiefs do not talk foolishly, they know the land is their own; our forefathers for generations and generations past had their land here all around us; chiefs have had their own hunting grounds, their salmon streams, and places where they got their berries; it has always been so. It is not only during the last four or five years that we have seen the land; we have always seen and owned it; it is no new thing, it has been ours for generations. If we had only seen it for twenty years and claimed it as our own, it would have been foolish, but it has been ours for thousands of years. If any strange person came here and saw the land for twenty years and claimed it, he would be foolish. We have always got our living from the land; we are not like white people who live in towns and have their stores and other business, getting their living in that way, but we have always depended on the land for our food and clothes; we get our salmon, berries, and furs from the land.

village, endroits de pêche, de cueillette de baies et de racines, et à d'autres fins semblables. Même s'ils n'ont pas abattu les arbres des forêts, ils ont établi la propriété des parcelles utilisées pour la chasse, la chasse au piège et la cueillette. Même s'ils n'ont creusé aucun puits de mine dans les montagnes, ils étaient propriétaires des pics et des vallées aux fins de la chasse aux chèvres de montagne et de l'obtention de matières premières. A l'exception des régions arides et inaccessibles non encore utilisées, chaque partie de la province se trouvait auparavant dans les limites du territoire appartenant à l'une ou l'autre des tribus indiennes et reconnu comme tel.

La réponse des Nishgas aux revendications gouvernementales de propriété absolue des terres dans les limites de leur territoire a été formulée dès 1888 devant la première commission royale qui a visité la vallée de la Nass. Leur représentant a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] David MacKay—Voilà ce que nous n'aimons pas à propos du gouvernement, il dit: «Nous vous donnerons des terres de telle superficie». Comment peuvent-ils nous les donner puisqu'elles nous appartiennent? Nous ne pouvons pas le comprendre. Ils ne les ont jamais achetées de nous ou de nos ancêtres. Ils n'ont jamais combattu et conquis notre peuple et pris les terres de cette façon, et malgré tout, ils disent maintenant qu'ils nous donneront des terres de telle superficie, nos propres terres. Ces chefs ne parlent pas à l'aveuglette, ils savent que les terres leur appartiennent; nos ancêtres ont possédé les terres de toute cette région depuis des générations; les chefs avaient leurs propres terrains de chasse, leurs pêches de saumon, et leurs cueillettes de baies; il en a toujours été ainsi. Ce n'est pas uniquement au cours des quatre ou cinq dernières années que nous connaissons ces terres; nous les connaissons depuis toujours et elles nous ont toujours appartenu; ce n'est là rien de nouveau, elles nous appartiennent depuis plusieurs générations. Si nous ne les connaissions que depuis vingt ans et que nous les réclamions, cela n'aurait aucun sens, mais elles nous appartiennent depuis des milliers d'années. Si quelque étranger venait ici et ne connaissait ces terres que depuis vingt ans et les réclamait, cela n'aurait aucun sens. Nous avons toujours vécu de ces terres; nous ne sommes pas comme les Blancs qui vivent dans les villes et ont leurs magasins et d'autres commerces, et vivent de cette façon; nous, nous avons toujours été à la merci des terres pour nous nourrir et nous habiller; ce sont ces terres qui nous fournissent les saumons, baies et fourrures nécessaires.

1973 CanLII 4 (SCC)

Any Canadian inquiry into the nature of the Indian title must begin with *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*[2]. This case went through the Ontario Courts, the Supreme Court of Canada and ended in the Privy Council. The Crown in right of the Province sought to restrain the Milling Company from cutting timber on certain lands in the District of Algoma. The company pleaded that it held a licence from the Dominion Government which authorized the cutting. In 1873, by a treaty known as the North-West Angle Treaty No. 3, the Dominion had extinguished the Indian title.

The decision throughout was that the extinction of the Indian title enured to the benefit of the Province and that it was not possible for the Dominion to preserve that title so as to oust the vested right of the Province to the land as part of the public domain of Ontario. It was held that the Crown had at all times a present proprietary estate, which title, after confederation, was in the Province, by virtue of s. 109 of the *B.N.A. Act*. The Indian title was a mere burden upon that title which, following the cession of the lands under the treaty, was extinguished.

The reasons for judgment delivered in the Canadian Courts in the *St. Catharines* case were strongly influenced by two early judgments delivered in the Supreme Court of the United States by Chief Justice Marshall—*Johnson v. McIntosh*[3], and *Worcester v. State of Georgia*[4]. In *Johnson v. McIntosh* the actual decision was that a title to lands, under grants to private individuals, made by Indian tribes or nations northwest of the river Ohio, in 1773 and 1775, could not be recognized in the Courts of the United States. In *Worcester v. Georgia*, the plaintiff, who was a missionary, was charged with residing among the Cherokees without a licence from the State of Georgia. His defence

[2] (1885), 10 O.R. 196, affirmed (1886), 13 O.A.R. 148, affirmed (1887), 13 S.C.R. 577, affirmed (1888), 14 App. Cas. 46.

[3] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

[4] (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530.

Dans toute étude canadienne sur la nature du titre indien, il faut d'abord considérer l'arrêt *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. La Reine*[2]. Les tribunaux ontariens, la Cour suprême du Canada et finalement le Conseil privé ont été saisis de cette affaire. La Couronne du chef de la province cherchait à empêcher une compagnie d'abattre des arbres sur certaines terres du district d'Algoma. La compagnie a fait valoir qu'elle détenait un permis du gouvernement fédéral autorisant l'abattage. En 1873, par un traité connu sous le nom de Northwestern Angle Treaty No 3, le Dominion avait éteint le titre indien.

En toutes les cours, on statua que l'extinction du titre indien profitait à la province et qu'il n'était pas possible pour le Dominion de conserver ce titre de façon à enlever le droit immobilier dévolu à la province comme partie du domaine public de l'Ontario. On décida que la Couronne avait eu en tout temps un droit actuel de propriété qui, après la Confédération, avait été transmis à la province par l'effet de l'art. 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Le titre indien constituait une simple charge sur ce droit; après la cession des terres en vertu du traité, le titre indien avait été éteint.

Dans les motifs de jugement qu'elles ont rendus dans l'affaire *St. Catharines*, les cours canadiennes ont fortement été influencées par deux jugements antérieurs rendus par le Juge en chef Marshall en Cour suprême des États-Unis—les arrêts *Johnson v. McIntosh*[3], et *Worcester v. State of Georgia*[4]. Dans l'affaire *Johnson v. McIntosh*, il a de fait été décidé que le titre sur des biens-fonds en vertu de concessions à des particuliers faites par certaines tribus ou nations indiennes au nord-ouest de l'Ohio, en 1773 et 1775, ne pouvait pas être reconnu par les tribunaux américains. Dans l'affaire *Worcester v. Georgia*, le demandeur, un missionnaire, avait été accusé de résider parmi

[2] (1885), 10 O.R. 196, confirmé (1886), 13 O.A.R. 148, confirmé (1887), 13 R.C.S. 577, confirmé (1888), 14 App. Cas. 46.

[3] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

[4] (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530.

1973 CanLII 4 (SCC)

was that his residence was in conformity with treaties between the United States and the Cherokee nation and that the law under which he was charged was repugnant to the constitution, treaties and laws of the United States. The Supreme Court made a declaration to this effect. Both cases raised the question of aboriginal title to land. The following passages from 8 Wheaton, pp. 587-8, give a clear summary of the views of the Chief Justice:

The United States, then, have unequivocally acceded to that great and broad rule by which its civilized inhabitants now hold this country. They hold, and assert in themselves, the title by which it was acquired. They maintain, as all others have maintained, that discovery gave an exclusive right to extinguish the Indian title of occupancy, either by purchase or by conquest; and gave also a right to such a degree of sovereignty as the circumstances of the people would allow them to exercise.

The power now possessed by the government of the United States to grant lands, resided, while we were colonies, in the crown, or its grantees. The validity of the titles given by either has never been questioned in our courts. It has been exercised uniformly over territory in possession of the Indians. The existence of this power must negative the existence of any right which may conflict with, and control it. An absolute title to lands cannot exist, at the same time, in different persons, or in different governments. An absolute, must be an exclusive title, or at least a title which excludes all others not compatible with it. All our institutions recognize the absolute title of the crown, subject only to the Indian right of occupancy; and recognized the absolute title of the crown to extinguish that right. This is incompatible with an absolute and complete title in the Indians.

The description of the nature of Indian title in the Canadian Courts in the *St. Catharines* case is repeated in the reasons delivered in the Privy Council. I quote from 14 App. Cas. at pp. 54-5:

The territory in dispute has been in Indian occupation from the date of the proclamation until 1873. During that interval of time Indian affairs have been administered successively by the Crown, by the Provincial Governments, and (since the passing of the

les Cherokees sans détenir un permis de l'État de Georgia. Comme moyen de défense, il a soutenu que sa résidence à cet endroit était en conformité des traités entre les États-Unis et la nation cherokee et que la loi en vertu de laquelle il avait été accusé allait à l'encontre de la constitution, des traités et des lois américaines. La Cour suprême fit une déclaration à cet effet. Dans les deux causes, il était question du titre immobilier aborigène. Les passages suivants de 8 Wheaton, pp. 587-8, constituent un résumé clair de l'avis du Juge en chef:

[TRADUCTION] Les États-Unis ont donc reconnu sans équivoque l'importante règle générale en vertu de laquelle les habitants civilisés détiennent maintenant ce pays. Ils détiennent et revendiquent le titre en vertu duquel il a été acquis. Ils soutiennent, comme tous les autres l'ont fait, que la découverte conférait un droit exclusif d'extinction du titre d'occupation indien, soit par achat soit par conquête, et conférait également le droit de souveraineté nécessaire, compte tenu des circonstances.

Le pouvoir qu'a maintenant le gouvernement américain de concéder des terres appartenait, au temps des colonies, à la Couronne ou à ses cessionnaires. La validité des titres conférés par les uns et les autres n'a jamais été contestée devant nos cours. Ce droit a été exercé uniformément sur le territoire possédé par les Indiens. L'existence de ce pouvoir doit anéantir tout droit pouvant le contredire, et le contrôler. Un titre immobilier absolu ne peut pas exister en même temps en faveur de différentes personnes ou de différents gouvernements. Un titre absolu doit être un titre exclusif, ou du moins un titre excluant tous les autres titres incompatibles. Toutes nos institutions reconnaissent le titre absolu de la Couronne, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien; elles ont reconnu le droit absolu de la Couronne d'éteindre ce droit. Cela va à l'encontre d'un titre absolu et complet en faveur des Indiens.

La description de la nature du titre indien faite par les tribunaux canadiens dans l'affaire *St. Catharines* est reprise dans les motifs rendus par le Conseil privé. Je reproduis un passage du recueil 14 App. Cas. 54:

[TRADUCTION] Le territoire concerné a été occupé par les Indiens depuis le jour de la proclamation jusqu'en 1873. Au cours de cette période, les affaires indiennes ont été administrées successivement par la Couronne, par les gouvernements provinciaux, et (depuis

1973 CanLII 4 (SCC)

British North America Act, 1867), by the Government of the Dominion. The policy of these administrations has been all along the same in this respect, that the Indian inhabitants have been precluded from entering into any transaction with a subject for the sale or transfer of their interest in the land, and have only been permitted to surrender their rights to the Crown by a formal contract, duly ratified in a meeting of their chiefs or head men convened for the purpose. Whilst there have been changes in the administrative authority, there has been no change since the year 1763 in the character of the interest which its Indian inhabitants had in the lands surrendered by the treaty. Their possession, such as it was, can only be ascribed to the general provisions made by the royal proclamation in favour of all Indian tribes then living under the sovereignty and protection of the British Crown. It was suggested in the course of the argument for the Dominion, that inasmuch as the proclamation recites that the territories thereby reserved for Indians had never "been ceded to or purchased by" the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which shew that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the Sovereign. The lands reserved are expressly stated to be "parts of Our dominions and territories;" and it is declared to be the will and pleasure of the sovereign that, "for the present", they shall be reserved for the use of the Indians, as their hunting grounds, under his protection and dominion. There was a great deal of learned discussion at the Bar with respect to the precise quality of the Indian right, but their Lordships do not consider it necessary to express any opinion upon the point. It appears to them to be sufficient for the purposes of this case that there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished.

There can be no doubt that the Privy Council found that the Proclamation of 1763 was the origin of the Indian title—"Their possession, such as it was, can only be ascribed to the Royal Proclamation in favour of all Indian tribes then living under the sovereignty and protection of the British Crown."

I do not take these reasons to mean that the Proclamation was the exclusive source of Indian title. The territory under consideration in the *St.*

l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867) par le gouvernement fédéral. Ces autorités administratives ont toujours eu la même ligne de conduite à cet égard, savoir, que les Indiens ont été empêchés de conclure tout marché avec un sujet en vue de la vente du transfert de leur intérêt immobilier, et ont uniquement été autorisés à céder leurs droits à la Couronne par un contrat formel, dûment ratifié, lors d'une assemblée de leurs chefs ou dirigeants convoquée à cette fin. Les autorités administratives ont changé, mais il n'y a eu aucun changement depuis 1763 dans la nature de l'intérêt que les Indiens avaient sur les terres cédées par le traité. Leur possession peut uniquement découler des dispositions générales de la proclamation royale en faveur de toutes les tribus indiennes alors soumises à la suprématie et à la protection de la Couronne britannique. Dans les plaidoiries du gouvernement fédéral, il a été soutenu que dans la mesure où la proclamation édicte que les territoires ainsi réservés aux Indiens n'ont jamais été cédés à la Couronne ou achetés par la Couronne, les Indiens en sont demeurés les seuls propriétaires. Toutefois, cette déduction n'est pas conforme aux termes de l'instrument, qui montre que les Indiens avaient un droit personnel, de la nature d'un usufruit, dépendant du bon plaisir du Souverain. Les terres réservées sont expressément décrites comme étant les «parties de nos possessions et territoires»; il est déclaré que, selon le bon plaisir du Souverain, «pour le présent», elles sont réservées aux Indiens, pour qu'ils y chassent, sous la protection et la surveillance du Souverain. On a longuement et savamment parlé, au cours des plaidoiries, de la nature exacte du droit indien, mais Leurs Seigneuries estiment qu'il n'est pas nécessaire d'exprimer leur avis sur ce point. Il leur semble suffisant, aux fins de la présente cause, de dire que la Couronne a toujours eu un droit fondamental et suprême, sous-jacent au titre indien, et qui est devenu un *plenum dominium* dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint.

Il est certain que le Conseil privé a conclu que la Proclamation de 1763 était le fondement du titre indien: [TRADUCTION] «Leur possession peut uniquement découler de la Proclamation royale en faveur de toutes les tribus indiennes alors soumises à la suprématie et à la protection de la Couronne britannique.»

Je n'interprète pas ces motifs comme voulant dire que la Proclamation est l'unique fondement du titre indien. Le territoire en question dans

1973 CanLII 4 (SCC)

Catharines appeal was clearly within the geographical limits set out in the Proclamation. It is part of the appellants' case that the Proclamation does apply to the Nishga territory and that they are entitled to its protection. They also say that if it does not apply to the Nishga territory, their Indian title is still entitled to recognition by the Courts. These are two distinct questions.

l'affaire *St. Catharines* se trouvait clairement dans les limites géographiques définies dans la Proclamation. Les appelants soutiennent entre autres que la Proclamation s'applique au territoire nishga et qu'ils ont droit à la protection fournie par celle-ci. Ils disent également que si elle ne s'applique pas au territoire nishga, leur titre indien doit encore être reconnu par les tribunaux. Il s'agit là de deux questions distinctes.

I say at once that I am in complete agreement with judgments of the British Columbia Courts in this case that the Proclamation has no bearing upon the problem of Indian title in British Columbia. I base my opinion upon the very terms of the Proclamation and its definition of its geographical limits and upon the history of the discovery, settlement and establishment of what is now British Columbia.

Je dois dire que je souscris entièrement aux jugements des cours de la Colombie- Britannique en la présente espèce statuant que la Proclamation n'a rien à voir avec le problème du titre indien en Colombie-Britannique. Je fonde mon opinion sur les termes mêmes de la Proclamation et sur la définition qui y est donnée des limites géographiques ainsi que sur l'histoire de la découverte, de la colonisation et de l'établissement de ce qui est maintenant la Colombie-Britannique.

Following the Treaty of Paris, General Murray was appointed the first Governor of Quebec. The Royal Proclamation, dated October 7, 1763, first recites that the Crown has created four distinct and separate governments, styled respectively Quebec, East Florida, West Florida and Grenada, specific boundaries having been assigned to each of them. The concluding recital reads as follows:

Après le traité de Paris, le général Murray a été nommé premier gouverneur du Québec. Dans la Proclamation royale du 7 octobre 1763, il est déclaré tout d'abord que la Couronne a constitué quatre gouvernements distincts, appelés respectivement Québec, Floride orientale, Floride occidentale et Grenade, dont les frontières sont spécifiquement délimitées. Le dernier attendu est le suivant:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.

[TRADUCTION] Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse.

The Proclamation then goes on to deal with a prohibition of the granting of warrants of survey or patents for lands; the reservation of lands for the use of Indians; the prohibition of purchase or settlement or taking possession of reserved lands without special leave and licence; directions to all who have either wilfully or inadvertently settled on reserved lands to remove them-

Puis, la Proclamation mentionne l'interdiction d'accorder des permis d'arpentage ou des titres de propriété à l'égard des terres; la constitution de réserves à l'usage des Indiens; l'interdiction d'acheter, coloniser ou posséder des terres réservées sans obtenir d'abord une permission spéciale ou une licence à ce sujet; l'ordre donné à tous ceux qui en connaissance de cause ou par

1973 CanLII 4 (SCC)

selves; and the prohibition of private purchase from Indians of lands reserved to them within those Colonies where settlement was permitted, all purchases being directed to be made on behalf of the Crown, in public assembly of the Indians, by the Governor or Commander in Chief of the Colony in which the lands lie. Rather than attempt to paraphrase, I set out the precise text of the opening paragraphs of the Proclamation dealing with these matters. The full Proclamation with all its recitals is to be found in the Revised Statutes of Canada 1970, Appendices, pp. 123-129.

We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida, or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey, or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions; as also that no Governor or Commander in Chief in any of our other Colonies or Plantations in America do presume for the present, and until our further Pleasure be known, to grant Warrants of Survey, or pass Patents for any Lands beyond the Heads or Sources of any of the Rivers which fall into the Atlantic Ocean from the West and North West, or upon any Lands whatever, which, not having been ceded to or purchased by Us as aforesaid, are reserved to the said Indians, or any of them.

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our

inadvertance se sont établis sur des terres réservées de quitter les lieux; et l'interdiction d'acheter privément des Indiens les terres qui leur sont réservées dans les limites des colonies où la colonisation est autorisée, tout achat effectué devant l'être par le gouverneur ou commandant en chef de la colonie où se trouvent les terres pour le compte de la Couronne et au cours d'une assemblée publique des Indiens. Plutôt que de tenter de paraphraser, je cite le texte exact des premiers alinéas de la Proclamation qui traitent de ces questions. La Proclamation intégrale et ses attendus se trouvent dans les appendices des Statuts revisés du Canada, 1970, aux pages 123 à 129.

Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission. Nous enjoignons pour la même raison à tout gouverneur et à tout commandant en chef de toutes Nos autres colonies ou de Nos autres plantations en Amérique, de n'accorder présentement et jusqu'à ce que Nous ayons fait connaître Nos intentions futures, aucun permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà de la tête ou source de toutes les rivières qui vont de l'ouest et du nord-ouest se jeter dans l'océan Atlantique ni sur celles qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans

1973 CanLII 4 (SCC)

especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

And, We do further strictly enjoin and require all Persons whatever who have either wilfully or inadvertently seated themselves upon any Lands within the Countries above described, or upon any other Lands which, not having been ceded to or purchased by Us, are still reserved to the said Indians as aforesaid, forthwith to remove themselves from such Settlements.

avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Et Nous enjoignons et ordonnons strictement à tous ceux qui en connaissance de cause ou par inadvertance, se sont établis sur des terres situées dans les limites des contrées décrites ci-cessus ou sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouve également réservée pour lesdits sauvages, de quitter immédiatement leurs établissements.

It is clear, as the British Columbia Courts have held, and whose reasons I adopt, that the Nishga bands represented by the appellants were not any of the several nations or tribes of Indians who lived under British protection and were outside the scope of the Proclamation.

Il est clair, comme l'ont décidé les cours de la Colombie-Britannique, dont j'adopte les motifs, que les bandes nishgas représentées par les appelants ne faisaient pas partie de l'une des diverses bandes ou tribus indiennes soumises à la protection britannique et n'étaient pas visées par la Proclamation.

The British Columbia Courts have dealt with the history of the discovery and settlement of their province. This history demonstrates that the Nass Valley, and, indeed, the whole of the province could not possibly be within the terms of the Proclamation.

Les cours de la Colombie-Britannique ont parlé de l'histoire de la découverte et de la colonisation de leur province. Cette histoire démontre que la vallée de la Naas et, de fait, l'ensemble de la province ne pouvaient absolument pas être visées par la Proclamation.

As to the establishment of British sovereignty in British Columbia in 1818 by a Convention of Commerce between His Majesty and the United States of America, the British Crown and the United States settled the boundary to the height of land in the Rockies, referred to in the Convention as the "Stoney Mountains". The boundary was the 49th parallel of latitude. The Convention provided for the joint occupancy of the lands to the west of that point for a term of ten years. This Convention was extended indefinitely by a further Convention in 1827.

En ce qui concerne l'établissement de la souveraineté britannique en Colombie-Britannique, en 1818, par une convention commerciale entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique, la Couronne britannique et les États-Unis ont déterminé que la frontière serait la ligne de faîte des Rocheuses, appelées dans la convention les «Stoney Mountains». La frontière était le 49e parallèle de latitude. La convention stipulait l'occupation conjointe des terres à l'ouest de cet endroit pour une période de dix ans. Cette convention a été prolongée indéfiniment par une seconde convention, datant de 1827.

The area in question in this action never did come under British sovereignty until the Treaty of Oregon in 1846. This treaty extended the boundary along the 49th parallel from the point of termination, as previously laid down, to the channel separating the Continent from Vancouver Island, and thus through the Gulf Islands to Fuca's Straits. The Oregon Treaty was, in effect, a treaty of cession whereby American claims were ceded to Great Britain. There was

La région en question dans la présente action n'a été soumise à la souveraineté britannique qu'au moment de la conclusion du traité de l'Orégon, en 1846. Ce traité prolongeait la frontière le long du 49e parallèle depuis le point terminal, déjà établi, jusqu'au chenal séparant le continent de l'île de Vancouver, puis, à travers les Gulf Islands, jusqu'au détroit de Juan de Fuca. Le traité de l'Orégon était de fait un traité de cession, les droits réclamés par les Améri-

1973 CanLII 4 (SCC)

no mention of Indian rights in any of these Conventions or the treaty.

As to establishment of the northern boundary of what became British Columbia, the Courts below relied on the evidence of Dr. Willard Ireland, Provincial Archivist, who had published a work on the evolution of the boundaries of the province. He begins with the Imperial ukase of the Czar, dated September 16, 1821, asserting exclusive rights of trade on the Pacific Coast as far south as the 51st parallel. There was opposition to this pretension immediately both from Great Britain and the United States. The United States proposed a tripartite treaty under the terms of which no settlements should be made by Russia south of 55 degrees, by the United States north of 51 degrees or by Great Britain north of 55 degrees or south of 51 degrees. The United States was prepared, if necessary, to accept the 49th parallel as the northern limit for its settlements. This proposal was rejected by the British Government, which preferred to negotiate separately with Russia and the United States. The discussions with Russia culminated in the Convention of February 28, 1825, which laid down a line of demarcation.

It was the opinion of Dr. Ireland that although the exact interpretation of these terms became a matter of serious dispute after Russian America was purchased by the United States, this Convention, broadly speaking, established the boundary as it exists today between Canada and Alaska. In other words, it determined the northern limit of British territory on the Pacific coast.

The Colony of Vancouver Island was established by the British Crown in 1849. James Douglas was appointed Governor in 1851. The Colony of British Columbia, being the mainland of what is now the Province, was established by the British Crown in 1858 and the same James Douglas was the first Governor of the Colony with full executive powers. Douglas remained

cains étant cédés à la Grande-Bretagne. On ne mentionnait les droits indiens dans aucune de ces conventions, non plus que dans le traité.

En ce qui concerne l'établissement de la frontière nord de ce qui est devenu la Colombie-Britannique, les tribunaux d'instance inférieure se sont fondés sur le témoignage du docteur Willard Ireland, archiviste de la province, qui avait publié un ouvrage sur l'établissement des frontières de la province. Il commence par l'ukase impérial du tsar, datant du 16 septembre 1821, et revendiquant des droits commerciaux exclusifs le long de la côte du Pacifique jusqu'au 51e parallèle, vers le sud. La Grande-Bretagne et les États-Unis se sont immédiatement opposés à cette prétention. Les États-Unis ont proposé un traité tripartite en vertu duquel aucune colonisation ne devrait être faite par la Russie au sud du 55e degré, par les États-Unis au nord du 51e degré ou par la Grande-Bretagne au nord du 55e degré ou au sud du 51e degré. Les États-Unis étaient disposés, si c'était nécessaire, à accepter le 49e parallèle comme limite nord de leurs colonies. Cette proposition a été repoussée par le gouvernement britannique, qui préférait négocier séparément avec la Russie et les États-Unis. Les pourparlers avec la Russie ont abouti à la convention du 28 février 1825, qui établissait une ligne de démarcation.

Le docteur Ireland est d'avis que bien que l'interprétation exacte de ses termes soit devenue par la suite une question litigieuse, après que l'Amérique russe eut été achetée par les États-Unis, cette convention, généralement parlant, établissait la frontière telle qu'elle existe actuellement entre le Canada et l'Alaska. En d'autres termes, elle déterminait la limite nord du territoire britannique sur la côte du Pacifique.

La colonie de l'île de Vancouver a été établie par la Couronne britannique en 1849. James Douglas a été nommé gouverneur en 1851. La colonie de la Colombie-Britannique, soit la partie continentale de ce qui est maintenant la province, a été établie par la Couronne britannique en 1858 et le même James Douglas a été le premier gouverneur de la colonie avec les pleins

1973 CanLII 4 (SCC)

Governor of both Colonies until 1864. On November 17, 1866, the two Colonies were united as one Colony under the British Crown and under the name of British Columbia. This Colony entered Confederation on July 20, 1871, and became the Province of British Columbia and part of the Dominion of Canada.

When the Colony of British Columbia was established in 1858, there can be no doubt that the Nishga territory became part of it. The fee was in the Crown in right of the Colony until July 20, 1871, when the Colony entered Confederation, and thereafter in the Crown in right of the Province of British Columbia, except only in respect of those lands transferred to the Dominion under the Terms of Union.

The political and social conditions prevailing in these two colonies are described in some detail in the reasons of Tysoe J.A.[5];

Prior to the establishment of the territories of Vancouver Island and the mainland of British Columbia as British colonies they had been governed by the Hudson's Bay Company, of which company James Douglas was for some time the chief factor. It had been his responsibility to see to the orderly settlement of the lands and to control the native Indians, some tribes of which were of a warlike and aggressive nature. Douglas had to keep law and order. The responsibility continued to rest upon his shoulders after the establishment of the colonies and until executive councils were appointed, as in due course they were. Douglas had his difficulties with the Indians on Vancouver Island. In 1852 the white settlers with their children numbered only about one thousand and they were surrounded by an Indian population of nearly thirty thousand. On the mainland he had like troubles but in aggravated form. The territory was much larger and the discovery of gold exacerbated the situation. Vancouver Island had been the scene of an influx of foreigners and it was fear of this that led to the setting up of the Colony of Vancouver Island. On the mainland conditions in this regard were worse. Gold was first discovered on the Fraser River and this resulted in a great number of Ameri-

[5] 13 D.L.R. (3d) at pp. 80-1.

pouvoirs exécutifs. Douglas est demeuré gouverneur des deux colonies jusqu'en 1864. Le 17 novembre 1866, les deux colonies ont été réunies en une seule colonie, sous la Couronne britannique, sous le nom de Colombie-Britannique. Cette colonie est entrée dans la Confédération le 20 juillet 1871, et est devenue la province de la Colombie-Britannique et partie du Dominion du Canada.

Lorsque la colonie de la Colombie-Britannique a été établie en 1858, il est certain que le territoire nishga en faisait partie. La Couronne du chef de la colonie a été propriétaire jusqu'au 20 juillet 1871, jour de l'entrée de la colonie dans la Confédération, et la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique est devenue alors propriétaire, sauf à l'égard des terres transférées au Dominion en vertu des conditions de l'Union.

Les conditions politiques et sociales de ces deux colonies sont décrites quelque peu en détail dans les motifs du Juge Tysoe[5]:

[TRADUCTION] Avant l'établissement des territoires de l'île de Vancouver et de la Colombie-Britannique continentale à titre de colonies britanniques, ceux-ci étaient gouvernés par la Compagnie de la Baie d'Hudson dont James Douglas a été le premier agent durant quelque temps. Il avait été chargé de voir à la colonisation régulière des terres et à la surveillance des Indiens, certaines tribus étant de nature agressive et guerrière. Douglas était responsable du respect de la loi et du maintien de l'ordre. Cette tâche lui est demeurée après l'établissement des colonies jusqu'à ce que des conseils exécutifs soient nommés, ainsi qu'ils le furent en temps utile. Douglas éprouvait certaines difficultés avec les Indiens de l'île de Vancouver. En 1852, il n'y avait qu'environ mille colons blancs, compte tenu des enfants, et ils étaient entourés par une population indienne de près de trente mille personnes. Sur le continent, il y avait à peu près les mêmes problèmes mais ceux-ci étaient encore plus graves. Le territoire était beaucoup plus vaste et la découverte de l'or a aggravé la situation. L'île de Vancouver avait vu l'arrivée d'un afflux d'étrangers et c'est ce qui avait amené la création de la colonie de l'île de Vancouver. Sur le continent, la situation était encore pire à cet égard. L'or a d'abord été découvert

[5] 13 D.L.R. (3d) pp. 80-1.

1973 CanLII 4 (SCC)

cans from the California gold fields entering the territory. They were men who had "a hankering in their minds after annexation to the United States" and they did not have the same respect for the native Indians as did the British colonists. The first white child was born at Fort Langley on the mainland on November 1, 1857. The precious metal was the lure that brought the Kanakas from Hawaii in 1858, and it is said that in that year there were ten thousand men engaged in gold mining in the Colony of British Columbia. In the years 1859 and 1860 the mining population was being added to by small parties of men who had travelled overland from Eastern Canada. That was the commencement of a slow but steady stream of immigrants from beyond the Rocky Mountains. See Margaret Ormsby, "British Columbia" p. 145, and Cicely Lyons, "Salmon, our Heritage", pp. 80, 81, 82, 85. In the late fifties and early sixties roads were being built into the mining areas. Frequent clashes with the Indians occurred. As immigration increased Douglas became concerned about the danger of Indian warfare spreading into the interior from Washington territory and alarmed about the great hazard of disrespect for Imperial rights and law and order. The search for gold spread further and further north and east. White settlers were spreading out and some were encroaching upon the village lands and other occupied lands of the Indians. The need for protection to the Indians and protection to the settlers against the Indians increased immeasurably. Such protection and an orderly system of settlement became of paramount consideration. Douglas had these matters very much in mind in the year 1858 and in succeeding years.

Although I think that it is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right". What they are asserting in this action is that they had a right to continue to live on their lands as their forefathers had lived and that this right has never been lawfully extinguished. There can be no question that this right was "dependent on the goodwill of the Sovereign".

sur le Fraser et a attiré un grand nombre d'Américains des terrains aurifères de la Californie. C'étaient des hommes qui «nourrissaient l'espoir de voir l'annexion aux États-Unis» et ils ne respectaient pas les Indiens autant que les colonisateurs britanniques. Le premier nouveau-né blanc est né à Port Langley, sur le continent, le 1er novembre 1857. Le précieux métal a attiré les Kanakas d'Hawaï en 1858; on dit que cette année-là, dix mille hommes travaillaient dans les mines d'or de la colonie de la Colombie-Britannique. En 1859 et 1860, de petits groupes d'hommes venus par les terres de l'est du Canada se sont ajoutés à la population minière. Ce fut le commencement du flux lent mais continu d'immigrants venus de l'autre côté des Rocheuses. Voir Margaret Ormsby, «British Columbia», p. 145, et Cicely Lyons, «Salmon, our Heritage», pp. 80, 81, 82, 85. A la fin des années 50 et au début des années 60, des routes ont été construites jusqu'aux régions minières. Il y a eu de nombreux heurts avec les Indiens. A mesure que l'immigration s'accroissait, Douglas craignait de plus en plus que le danger de guerre avec les Indiens se propage dans l'intérieur depuis le territoire de Washington et que les droits impériaux de maintien de la paix et de l'ordre soient bafoués. La recherche de l'or s'est étendue de plus en plus loin vers le nord et vers l'est. Les colons blancs se dispersaient et certains d'entre eux empiétaient sur les terres des villages et les autres terres occupées par les Indiens. Le besoin de protéger les Indiens et de protéger les colons contre les Indiens s'est fait sentir d'une façon pressante. Pareille protection, ainsi qu'un système ordonné de colonisation, a pris une importance primordiale. Douglas s'est beaucoup penché sur ces problèmes en 1858 et dans les années qui ont suivi.

Je crois qu'il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile. Ils affirment dans la présente action qu'ils avaient le droit de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres et que ce droit n'a jamais été juridiquement éteint. Il ne peut faire de doute que ce droit était «dépendant du bon plaisir du Souverain».

1973 CanLII 4 (SCC)

It was the opinion of the British Columbia Courts that this right, if it ever existed, had been lawfully extinguished, that with two societies in competition for land—the white settlers demanding orderly settlement and the Indians demanding to be let alone—the proper authorities deliberately chose to set apart reserves for Indians in various parts of the territory and open up the rest for settlements. They held that this had been done when British Columbia entered Confederation in 1871 and that the Terms of Union recognized this fact.

As to Vancouver Island, we have before us a collection of dispatches between the Colonial Office and Governor Douglas in connection with the Indian problem that was confronting him. The first, dated July 31, 1858, contains an admonition that it should be an invariable condition in all bargains or treaties with the natives for the cession of lands possessed by them that subsistence should be supplied in some other shape. It is in the following terms.

July 31, 1858

I have to enjoin upon you to consider the best and most humane means of dealing with the Native Indians. The feelings of this country would be strongly opposed to the adoption of any arbitrary or oppressive measures towards them. At this distance, and with the imperfect means of knowledge which I possess, I am reluctant to offer, as yet, any suggestion as to the prevention of affrays between the Indians and the immigrants. *This question is of so local a character that it must be solved by your knowledge and experience*, and I commit it to you, in the full persuasion that you will pay every regard to the interests of the Natives which an enlightened humanity can suggest. Let me not omit to observe, that it should be an invariable condition, in all bargains or treaties with the natives for the cession of lands possessed by them, that subsistence should be supplied to them in some other shape, and above all, that it is the earnest desire of Her Majesty's Government that your early attention should be given to the best means of diffusing the blessings of the Christian Religion and of civilization among the natives.

Les cours de la Colombie-Britannique ont été d'avis que ce droit, s'il a existé, avait été juridiquement éteint, qu'en présence de deux sociétés en concurrence relativement à des terres, les colons blancs demandant la colonisation ordonnée et les Indiens demandant qu'on leur laisse la paix, les autorités compétentes ont délibérément choisi de mettre à part des réserves pour les Indiens dans diverses parties du territoire et d'ouvrir le reste à la colonisation. Elles ont statué que c'est ce qui s'était fait lorsque la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération en 1871, et que les conditions de l'Union ont reconnu ce fait.

En ce qui concerne l'île de Vancouver, nous avons à notre disposition un certain nombre de missives entre le Colonial Office et le Gouverneur Douglas portant sur le problème indien auquel ce dernier avait à faire face. La première, en date du 31 juillet 1858, contient l'avertissement qu'une condition nécessaire de tout marché ou traité avec les aborigènes en vue de la cession des terres qu'ils possèdent sera que d'autres moyens d'existence devront leur être fournis. Elle se lit comme suit:

Le 31 juillet 1858

[TRADUCTION] Je dois vous recommander de considérer les moyens les meilleurs et les plus humanitaires de traiter avec les Indiens aborigènes. Notre pays serait fortement défavorable à l'adoption de quelque mesure arbitraire ou oppressive en ce qui les concerne. Vu l'éloignement, et compte tenu des moyens imparfaits à ma disposition pour être bien informé, j'hésite à donner maintenant quelque suggestion en vue d'empêcher les disputes entre les Indiens et les immigrants. *Cette question est d'une nature tellement locale qu'elle doit être résolue grâce à vos connaissances et à votre expérience*, et je vous en charge, étant entièrement convaincu que vous tiendrez pleinement compte des intérêts des aborigènes, comme le voudrait un esprit éclairé soucieux d'humanité. Je dois ajouter qu'une condition nécessaire, dans tout marché ou traité avec les aborigènes en vue de la cession des terres qu'ils possèdent, est que les moyens d'existence doivent leur être fournis de quelque façon, et surtout, que le gouvernement de Sa Majesté tient absolument à ce que vous envisagiez sans délai les meilleurs moyens à prendre en vue de diffuser les bienfaits de la religion chrétienne et de la civilisation parmi les aborigènes.

1973 CanLII 4 (SCC)

These dispatches are detailed and informative on both sides. They set out the difficulties and problems as they arose and suggestions for their solution. I quote from the last dispatch of the Governor, which conveniently summarizes his efforts:

Victoria, 25th March, 1861.

My Lord Duke,—I have the honour of transmitting a petition from the House of Assembly of Vancouver Island to your Grace, praying for the aid of Her Majesty's Government in extinguishing the Indian title to the public lands in this Colony; and setting forth, with much force and truth, the evils that may arise from the neglect of that very necessary precaution.

2. As the native Indian population of Vancouver Island have distinct ideas of property in land, and mutually recognize their several exclusive possessory rights in certain districts, they would not fail to regard the occupation of such portions of the Colony by white settlers, unless with the full consent of the proprietary tribes, as national wrongs; and the sense of injury might produce a feeling of irritation against the settlers, and perhaps disaffection to the Government that would endanger the peace of the country.

3. Knowing their feelings on that subject, I made it a practice up to the year 1859, to purchase the native rights in the land, in every case prior to the settlement of any district; but since that time in consequence of the termination of the Hudson's Bay Company's Charter, and the want of funds, it has not been in my power to continue it. Your Grace must, indeed, be well aware that I have, since then, had the utmost difficulty in raising money enough to defray the most indispensable wants of Government.

He then went on to point out the need for further purchases, totalling in all £3,000, and asked for a loan of this amount from the Imperial Government. The reply was that the problem was essentially local in character and the money would have to be raised in the Colony. The full reply is as follows:

Downing Street, 19th October, 1861

Sir.—I have had under my consideration your despatch No. 24, of the 25th of March last, transmitting an Address from the House of Assembly of Vancouver Island, in which they pray for the assistance of Her Majesty's Government in extinguishing

Ces missives nous donnent de nombreux détails et renseignements des deux côtés. Elles exposent les difficultés et problèmes existants et proposent des solutions. Je reproduis un passage de la dernière missive du gouverneur, qui résume bien les efforts de celui-ci:

Victoria, le 25 mars 1861

[TRADUCTION] Monsieur le Duc—J'ai l'honneur de vous transmettre une pétition de l'assemblée législative de l'île de Vancouver, demandant l'aide du gouvernement de Sa Majesté en ce qui concerne l'extinction du titre indien sur les terres publiques de cette colonie et exposant, avec beaucoup de force et de véracité, les maux qui peuvent survenir si cette précaution très nécessaire n'est pas prise.

2. Étant donné que la population indienne de l'île de Vancouver a des idées particulières au sujet de la propriété immobilière et que les Indiens se reconnaissent mutuellement leurs droits de possession exclusive sur certains districts, ils considéreraient sans aucun doute l'occupation de pareilles parties de la colonie par les colons blancs, sans l'approbation complète des tribus propriétaires, comme un préjudice national; il en découlerait un sentiment d'irritation contre les colons et peut-être du mécontentement contre le gouvernement, la paix de ce pays pouvant être compromise.

3. Connaissant leurs sentiments à cet égard, j'ai eu l'habitude, jusqu'en 1859, d'acheter les droits aborigènes sur les terres, dans chaque cas, avant de coloniser un district; mais depuis ce temps, par suite de l'extinction de la charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et du manque de fonds, je n'ai pas pu continuer à le faire. De fait, vous devez sûrement savoir que depuis lors j'ai éprouvé énormément de difficulté à obtenir suffisamment de fonds pour subvenir aux besoins indispensables du gouvernement.

Puis, il signale la nécessité d'autres achats, s'élevant à la somme de £3,000, et demande un prêt correspondant au gouvernement impérial. On lui a répondu qu'il s'agissait essentiellement d'un problème de nature locale et que les fonds devaient être réunis par la colonie. La réponse complète se lit comme suit:

Downing Street, le 19 octobre 1861

[TRADUCTION] Monsieur.—J'ai pris connaissance de votre missive n° 24, du 25 mars dernier, transmettant une adresse de l'assemblée législative de l'île de Vancouver demandant l'aide du gouvernement de Sa Majesté en ce qui concerne l'extinction du titre indien

the Indian title to the public lands in the Colony, and set forth the evils that may result from a neglect of this precaution.

I am fully sensible of the great importance of purchasing without loss of time the native title to the soil of Vancouver Island; but the acquisition of the title is a purely colonial interest, and the Legislature must not entertain any expectation that the British taxpayer will be burthened to supply the funds or British credit pledged for the purpose. I would earnestly recommend therefore to the House of Assembly, that they should enable you to procure the requisite means, but if they should not think proper to do so, Her Majesty's Government cannot undertake to supply the money requisite for an object which, whilst it is essential to the interests of the people of Vancouver Island, is at the same time purely Colonial in its character, and trifling in the charge that it would entail.

The reasons for judgment next deal with a series of proclamations by James Douglas as Governor of the Colony of British Columbia. The first is dated December 2, 1858, and it is stated to be a proclamation having the force of law to enable the Governor of British Columbia to have Crown lands sold within the said Colony. It authorized the Governor to grant any land belonging to the Crown in the Colony.

The second proclamation is dated February 14, 1859. It declared that all lands in British Columbia and all mines and minerals thereunder belonged to the Crown in fee. It provided for the sale of these lands after surveys had been made and the lands were ready for sale, and that due notice should be given of such sales.

The third proclamation is dated January 4, 1860. It provided for British subjects and aliens who take the oath of allegiance acquiring unoccupied and unreserved and unsurveyed Crown land, and for the subsequent recognition of the claim after the completion of the survey.

sur les terres publiques de la colonie, et exposant les maux qui peuvent survenir si cette précaution n'est pas prise.

Je suis tout à fait conscient qu'il est extrêmement important d'acheter sans délai le titre aborigène sur les terres de l'île de Vancouver; mais l'acquisition du titre est une question d'intérêt purement colonial, et la législature ne doit pas s'attendre à ce qu'il incombe au contribuable britannique d'engager des fonds ou le crédit de la Grande-Bretagne à cette fin. Je recommanderais donc fortement à l'assemblée législative de vous permettre de vous procurer les fonds requis, mais si elle estime que ce n'est pas là une mesure appropriée, le gouvernement de Sa Majesté ne peut pas entreprendre de fournir l'argent nécessaire pour un objet qui, bien qu'essentiel en ce qui concerne l'intérêt des habitants de l'île de Vancouver, est en même temps d'une nature purement coloniale et d'une importance minime en ce qui concerne les frais qui en découleraient.

Les motifs de jugement traitent ensuite d'une série de proclamations de James Douglas en sa qualité de gouverneur de la colonie de la Colombie-Britannique. La première est datée du 2 décembre 1858; il est mentionné qu'il s'agit d'une proclamation qui a force de loi en vue de permettre au gouverneur de la Colombie-Britannique de vendre les terres de la Couronne dans les limites de ladite colonie. La proclamation autorisait le gouverneur à concéder toute terre appartenant à la Couronne dans la colonie.

La seconde proclamation est datée du 14 février 1859. Il y est déclaré que toutes les terres de la Colombie-Britannique ainsi que toutes les mines et tous les minerais s'y trouvant appartiennent à la Couronne en propriété absolue. La proclamation autorise la vente de ces terres, lorsque les levés seront terminés et que ces terres seront prêtes à être vendues, et prescrit qu'un avis de pareilles ventes, en bonne et due forme, doit être donné.

La troisième proclamation est datée du 4 janvier 1860. Elle autorise les sujets britanniques et les étrangers qui prêtent le serment d'allégeance à acquérir les terres de la Couronne inoccupées, non réservées et non arpentées, et prévoit la reconnaissance subséquente de leur droit, une fois l'arpentage terminé.

1973 CanLII 4 (SCC)

The fourth proclamation is dated January 20, 1860. It provided for the sale of certain lands by private contract and authorized the Commissioner of Land and all Magistrates and Gold Commissioners to make these sales at certain prices.

The fifth proclamation of January 19, 1861, dealt with further details of land sales.

The sixth proclamation, dated January 19, 1861, reduced the price of land.

The seventh proclamation, dated May 28, 1861, dealt with conditions of pre-emption and limited the right to 160 acres per person.

The eighth proclamation, dated August 27, 1861, was a consolidation of the laws affecting the settlement of unsurveyed Crown lands in British Columbia.

The ninth proclamation, dated May 27, 1863, dealt with the establishment of mining districts.

Then follow four ordinances enacted by the Governor by and with the consent of the Legislative Council of British Columbia. The first is dated April 11, 1865. It repeats what the proclamation had previously said, namely, that all lands in British Columbia and all mines and minerals therein, not otherwise lawfully appropriated, belong to the Crown in fee. It goes on to provide for the public sale of lands and the price; that unless otherwise specially announced at the time of the sale, the conveyance of the lands shall include all trees and all mines and minerals within and under the same (except mines of gold and silver). It also deals with rights of pre-emption of unoccupied, unsurveyed and unreserved Crown lands "not being the site of an existent or proposed town, or auriferous land or an Indian reserve or settlement under certain conditions."

La quatrième proclamation est datée du 20 janvier 1860. Elle autorise la vente de certaines terres par contrat entre particuliers et autorise le Commissaire aux biens-fonds ainsi que tous les magistrats et commissaires de l'or à effectuer ces ventes à certains prix.

La cinquième proclamation, datée du 19 janvier 1861, porte plus en détail sur les ventes de biens-fonds.

La sixième proclamation, datée du 19 janvier 1861, réduit le prix des biens-fonds.

La septième proclamation, datée du 28 mai 1861, porte sur les conditions de préemption et restreint ce droit à 160 acres par personne.

La huitième proclamation, datée du 27 août 1861, est une refonte des lois régissant la colonisation des terres de la Couronne non arpentées, situées en Colombie-Britannique.

La neuvième proclamation, datée du 27 mai 1863, porte sur l'établissement de districts miniers.

Puis, suivent quatre ordonnances adoptées par le Gouverneur avec le consentement du Conseil législatif de la Colombie-Britannique. La première est datée du 11 avril 1865. Elle reprend ce que la proclamation avait déjà dit, soit, que toutes les terres de la Colombie-Britannique ainsi que toutes les mines et tous les minerais s'y trouvant, non autrement attribués selon le droit, appartiennent à la Couronne en propriété absolue. D'autres dispositions portent sur la vente publique des terres ainsi que sur le prix; à moins qu'un avis contraire ne soit expressément donné au moment de la vente, le transfert des biens-fonds comprend tous les arbres ainsi que toutes les mines et tous les minerais s'y trouvant (à l'exception des mines d'or et d'argent). L'ordonnance traite également des droits de préemption sur les terres de la Couronne inoccupées, non arpentées et non réservées [TRADUCTION] «qui ne constituent pas l'emplacement d'une ville existante ou projetée, d'un terrain aurifère, d'une réserve ou colonie indienne, sous réserve de certaines conditions.»

The next ordinance, dated March 31, 1866, restricts those who may acquire lands by pre-emption under the ordinance of April 11, 1865. British subjects or aliens who take the Oath of Allegiance have this right but it does not extend without special permission of the Governor to companies or "to any of the Aborigines of this Colony or the Territories neighbouring thereto."

L'ordonnance suivante, datée du 31 mars 1866, apporte des restrictions quant à ceux qui peuvent acquérir des terres par préemption en vertu de l'ordonnance du 11 avril 1865. Les sujets britanniques ou les étrangers qui prêtent le serment d'allégeance ont ce droit mais il ne s'étend pas, du moins sans l'autorisation particulière du gouverneur, aux compagnies ou [TRADUCTION] «aux aborigènes de cette colonie ou des territoires voisins.»

The third ordinance is dated March 10, 1869. It deals with the payment of purchase money for pre-emption claims.

La troisième ordonnance est datée du 10 mars 1869. Elle porte sur le paiement du prix d'achat, relativement aux droits de préemption.

The last ordinance is dated June 1, 1870, and is one to amend and consolidate the laws affecting Crown lands in British Columbia.

La dernière ordonnance est datée du 1er juin 1870, et modifie, tout en les refondant, les lois régissant les terres de la Couronne en Colombie-Britannique.

The result of these proclamations and ordinances was stated by Gould J. at the trial in the following terms. I accept his statement, as did the Court of Appeal:

Les conséquences de ces proclamations et ordonnances ont été énoncées par le Juge Gould, en première instance, dans les termes suivants. J'accepte sa conclusion, comme l'a d'ailleurs fait la Cour d'appel:

The various pieces of legislation referred to above are connected, and in many instances contain references *inter se*, especially XIII. They extend back well prior to November 19, 1866, the date by which, as a certainty, the delineated lands were all within the boundaries of the Colony of British Columbia, and thus embraced in the land legislation of the Colony, where the words were appropriate. All thirteen reveal a unity of intention to exercise, and the legislative exercising, of absolute sovereignty over all the lands of British Columbia, a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including one as to "aboriginal title, otherwise known as the Indian title", to quote the statement of claim. The legislation prior to November 19, 1866, is included to show the intention of the successor and connected legislation after that date, which latter legislation certainly included the delineated lands.

[TRADUCTION] Les divers textes législatifs ci-dessus mentionnés sont reliés entre eux, et dans de nombreux cas, ils contiennent des renvois d'un texte à l'autre, particulièrement le n° XIII. Ils sont bien antérieurs au 19 novembre 1866, jour où il a été tenu pour certain que les terres délimitées se trouvaient dans les limites de la colonie de la Colombie-Britannique et étaient donc visées par la législation de la colonie en matière immobilière, le cas échéant. Les treize textes révèlent une unité d'intention, soit l'exercice du pouvoir législatif et de la souveraineté absolue sur toutes les terres de la Colombie-Britannique, souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris «le titre aborigène, autrement dit titre indien», pour reprendre les termes de la déclaration. Les textes législatifs antérieurs au 19 novembre 1866 sont inclus, en vue de montrer le but de la législation connexe subséquente, qui visait indubitablement les terres délimitées.

The same opinion is expressed in a letter dated January 29, 1870, from Governor Musgrave to the Colonial Office, which had received certain representations from the Aborigines Protection Society relative to the conditions of the Indians on Vancouver Island. He had a memorandum prepared by the Commissioner of

La même opinion est exprimée dans une lettre datée du 29 janvier 1870 du gouverneur Musgrave au Colonial Office, qui avait reçu certains commentaires de la Aborigines Protection Society au sujet des conditions dans lesquelles vivaient les Indiens de l'île de Vancouver. Il fit préparer un memorandum par le commissaire

1973 CanLII 4 (SCC)

Lands and Works and Surveyor General, Mr. Trutch. When the Colony entered Confederation on July 20, 1871, Mr. Trutch was appointed its first Lieutenant-Governor. He had served as the Colony's chief negotiator, both in Ottawa and London, of the terms of entry into Confederation, and he had resided in the Colony since it was established in 1858. He said in part:

The Indians have, in fact, been held to be the special wards of the Crown, and in the exercise of this guardianship Government has, in all cases where it has been desirable for the interests of the Indians, set apart such portions of the Crown lands as were deemed proportionate to, and amply sufficient for, the requirements of each tribe; and these Indian Reserves are held by Government, in trust, for the exclusive use and benefit of the Indians resident thereon.

But the title of the Indians in the fee of the public lands, or of any portion thereof, has never been acknowledged by Government, but, on the contrary, is distinctly denied. In no case has any special agreement been made with any of the tribes of the Mainland for the extinction of their claims of possession; but these claims have been held to have been fully satisfied by securing to each tribe, as the progress of the settlement of the country seemed to require, the use of sufficient tracts of land for their wants for agricultural and pastoral purposes.

The terms used in this letter bring to mind what was said on the subject of extinguishment of Indian title in *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*[6]:

Nor is it true, as respondent urges, that a tribal claim to any particular lands must be based upon a treaty, statute, or other formal government action. As stated in the *Cramer* case, "The fact that such right of occupancy finds no recognition in any statute or other formal governmental action is not conclusive." 261 U.S. at 229.

Extinguishment of Indian title based on aboriginal possession is of course a different matter. The power of Congress in that regard is supreme. The manner, method and time of such extinguishment raise political, not justiciable, issues. *Buttz v. Northern Pacific*

[6] (1941), 314 U.S. 339 at 347.

aux biens-fonds et travaux, également arpenteur général, M. Trutch. Lorsque la colonie est entrée dans la Confédération le 20 juillet 1871, M. Trutch a été nommé lieutenant-gouverneur. Il avait été le principal négociateur de la colonie, tant à Ottawa qu'à Londres, dans les pourparlers au sujet des conditions d'entrée de celle-ci dans la Confédération; il avait vécu dans la colonie depuis qu'elle avait été établie en 1858. Il dit, entre autres, ce qui suit:

[TRADUCTION] En fait, on a considéré que les Indiens étaient les pupilles particuliers de la Couronne; en exerçant sa tutelle, le gouvernement a toujours mis de côté, lorsque le demandait l'intérêt des Indiens, les parties des terres de la Couronne qui étaient jugées appropriées et amplement suffisantes aux besoins de chaque tribu; ces réserves indiennes sont détenues par le gouvernement, en fiducie, pour l'usage et le bénéfice exclusifs des Indiens qui y résident.

Mais le droit de propriété des Indiens sur les terres publiques, ou sur quelque partie d'icelles, n'a jamais été reconnu par le gouvernement; au contraire, il a expressément été nié. Aucune entente particulière n'a été conclue avec l'une quelconque des tribus du continent en vue de l'extinction des droits de possession revendiqués par les Indiens, mais on a jugé que leurs prétentions étaient pleinement satisfaites en laissant chaque tribu utiliser, selon les exigences de la colonisation du pays, des parcelles suffisantes aux fins de l'agriculture et de l'élevage.

Les termes de cette lettre nous rappellent les commentaires formulés dans l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*[6], au sujet de l'extinction du titre indien:

[TRADUCTION] Il n'est pas vrai non plus, comme le soutient l'intimée, que tout droit tribal sur quelque terre particulière doit être fondé sur un traité, sur une loi, ou sur quelque autre acte positif du gouvernement. Comme il a été déclaré dans l'arrêt *Cramer*, «le fait que pareil droit d'occupation n'est pas reconnu par quelque loi ou autre acte gouvernemental positif n'est pas concluant.» 261 U.S., p. 229.

L'extinction du titre indien fondé sur la possession aborigène, est, bien sûr, une autre question. Le pouvoir du Congrès à cet égard est suprême. Les formalités, méthode et époque de l'extinction soulèvent des questions politiques et non des questions dont les

[6] (1941), 314 U.S. 339 à la p. 347.

1973 CanLII

Railroad. As stated by Chief Justice Marshall in *Johnson v. M'Intosh*, "the exclusive right of the United States to extinguish" Indian title has never been doubted. And whether it be done by treaty, by the sword, by purchase, by the exercise of complete dominion adverse to the right of occupancy, or otherwise, its justness is not open to inquiry in the courts. *Beecher v. Wetherby*, 95 U.S. 517, 525.

To the same effect are the reasons delivered in the Privy Council in *Re Southern Rhodesia*[7].

The Terms of Union under which British Columbia entered into Confederation with the Dominion of Canada are also of great significance in this problem. These terms were approved by Imperial Order in Council dated May 16, 1871, which has, under s. 146 of the *B.N.A. Act*, the force of an Imperial statute. Article 13 reads:

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.

On the question of reserves, it is convenient to mention at this point, though it is out of chronological order, the McKenna-McBride Commission, its Report and the Dominion legislation which followed on its recommendations.

[7] [1919] A.C. 211.

tribunaux peuvent être saisis. *Buttz v. Northern Pacific Railroad*. Comme l'a dit le Juge en chef Marshall dans l'arrêt *Johnson v. M'Intosh*, «le droit exclusif qu'ont les États-Unis d'éteindre» le titre indien n'a jamais été contesté. Que l'extinction se fasse par traité, par les armes, par achat, par l'exercice d'une souveraineté complète allant à l'encontre du droit d'occupation ou autrement, le caractère juste ou injuste de cette mesure ne peut pas être examiné par les tribunaux. *Beecher v. Wetherby*, 95 U.S. 517, 525.

Les motifs rendus par le Conseil privé dans l'arrêt *in Re Southern Rhodesia*[7], sont au même effet.

Les conditions de l'Union en vertu desquelles la Colombie-Britannique est entrée dans la confédération sont également très importantes à cet égard. Ces conditions ont été approuvées par le décret impérial du 16 mai 1871, qui, en vertu de l'art. 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, a le même effet qu'une loi impériale. L'article 13 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 13. Le soin des Indiens, 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.

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 Indiens, 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.

En ce qui concerne les réserves, il est bon de mentionner ici, même si l'ordre chronologique n'est pas suivi, la commission McKenna-McBride, son rapport et les dispositions législatives fédérales qui ont suivi les recommandations de la commission.

[7] [1919] A.C. 211.

1973 CanLII 4 (SCC)

The Commission was established in 1913 to settle all differences between the Dominion and the Province of British Columbia respecting Indian lands and Indian affairs generally in the Province. Seven years later, the recommendations of this Commission were followed by Dominion legislation, 1920 (Can. 2nd Sess.), c. 51. This legislation is entitled "An Act to provide for the Settlement of Differences between the Governments of the Dominion of Canada and the Province of British Columbia respecting Indian Lands and certain other Indian Affairs in the said Province." It recites the establishment of the Commission, the receipt of its report and recommendations as to lands reserved and to be reserved for Indians in the Province of British Columbia, and otherwise for the settling of all differences between the said Governments respecting Indian lands and Indian affairs generally in the Province.

La commission a été établie en 1913 en vue de régler tout différend entre le Dominion et la Colombie-Britannique au sujet des terres et des affaires indiennes dans la province. Sept ans plus tard, les recommandations de cette commission ont été suivies par des dispositions législatives fédérales, 1920 (Can. 2e Sess.), c. 51. Cette loi porte l'intitulé suivant: «Loi statuant sur la solution des différends entre les gouvernements du Dominion du Canada et de la province de la Colombie-Britannique relativement aux terres et à certaines autres affaires des sauvages de ladite province.» Dans le préambule, il est question de l'établissement de la commission, de la présentation de son rapport et des recommandations faites au sujet des terres réservées ou devant l'être, pour le bénéfice des Indiens de la Colombie-Britannique, et en outre, du règlement de tout différend entre lesdits gouvernements relativement aux terres et affaires indiennes de la province.

Section 2 of the Act reads:

2. To the full extent to which the Governor in Council may consider it reasonable and expedient the Governor in Council may do, execute, and fulfil every act, deed, matter or thing necessary for the carrying out of the said Agreement between the Governments of the Dominion of Canada and the Province of British Columbia according to its true intent, and for giving effect to the report of the said Royal Commission, either in whole or in part, and for the full and final adjustment and settlement of all differences between the said Governments respecting Indian lands and Indian affairs in the Province.

L'article 2 de la loi se lit comme suit:

2. Dans la pleine mesure où il peut le juger nécessaire et opportun, le Gouverneur en conseil peut faire, exécuter et accomplir tout acte, contrat, ou toute chose indispensable à l'exécution dudit traité entre les gouvernements du Dominion du Canada et de la province de la Colombie-Britannique, selon son esprit véritable, et pour donner suite au rapport de ladite commission royale, en tout ou en partie, et pour la revision et la solution entière et finale de tous les différends entre lesdits gouvernements concernant les terres et les affaires des sauvages de la province.

The recommendations of the Commission resulted in the establishment of new or confirmation of old Indian reserves in the Nass area. They are over thirty in number. Frank Calder, one of the appellants, says that this was done over Indian objections. Nevertheless, the federal authority did act under its powers under s. 91(24) of the *B.N.A. Act*. It agreed, on behalf of the Indians, with the policy of establishing these reserves.

Les recommandations de la Commission ont entraîné l'établissement de nouvelles réserves indiennes dans la région de la Nass ou la confirmation d'anciennes réserves dans cette région. Il en existe plus de trente. Frank Calder, l'un des appelants, dit que cela s'est fait malgré les objections des Indiens. Néanmoins, l'autorité fédérale a exercé son pouvoir en vertu de l'art. 91, par. (24), de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Elle a accepté, pour le compte des Indiens, la politique consistant à établir ces réserves.

In the Indian Department there exists a Nass River Agency that administers the area in ques-

Au ministère des Affaires indiennes, il existe une agence de la Nass qui administre la région

1973 CanLII 4 (SCC)

tion. The reserves generally correspond with the fishing places that the Indians had traditionally used. The Government of the original Crown Colony and, since 1871, the Government of British Columbia have made alienations in the Nass Valley that are inconsistent with the existence of an aboriginal title. These have already been referred to and show alienations in fee-simple and by way of petroleum and natural gas leases, mineral claims and tree farm licences.

Further, the establishment of the railway belt under the Terms of Union is inconsistent with the recognition and continued existence of Indian title. Article 11 reads:

11. The Government of the Dominion undertake to secure the commencement simultaneously, within two years from the date of the Union, of the construction of a railway from the Pacific towards the Rocky Mountains, and from such point as may be selected, east of the Rocky Mountains, towards the Pacific, to connect the seaboard of British Columbia with the railway system of Canada; and, further, to secure the completion of such railway within ten years from the date of the Union.

And the Government of British Columbia agree to convey to the Dominion Government, in trust, to be appropriated in such manner as the Dominion Government may deem advisable in furtherance of the construction of the said railway, a similar extent of public lands along the line of railway, throughout its entire length in British Columbia (not to exceed, however, twenty (20) miles on each side of the said line), as may be appropriated for the same purpose by the Dominion Government from the public lands in the Northwest Territory and the Province of Manitoba: Provided that the quantity of land which may be held under pre-emption right or by Crown grant within the limits of the tract of land in British Columbia to be so conveyed to the Dominion Government shall be made good to the Dominion from contiguous public lands; and provided further that until the commencement, within two years, as aforesaid, from the date of the Union, of the construction of the said railway, the Government of British Columbia shall not sell or alienate any further portions of the public lands of British Columbia in any

en question. Les réserves correspondent généralement aux lieux de pêche que les Indiens avaient traditionnellement utilisés. Le gouvernement de ce qui fut d'abord une colonie de la Couronne, et depuis 1871, le gouvernement de la Colombie-Britannique ont passé des actes d'aliénation dans la vallée de la Nass, et qui vont à l'encontre de l'existence d'un titre aborigène. Ces aliénations, précitées, étaient des ventes en propriété absolue, des baux d'exploitation du pétrole et du gaz naturel, des concessions de claims miniers et de permis de ferme arboricole.

De plus, l'établissement de la ceinture ferroviaire, en vertu des conditions de l'Union, est incompatible avec la reconnaissance d'un titre indien et la continuation de l'existence de celui-ci. L'article 11 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 11. Le gouvernement de la Puissance s'engage à faire commencer simultanément, dans les deux années de la date de l'Union, la construction d'un chemin de fer du Pacifique aux Montagnes-Rocheuses, et du point qui pourra être choisi, à l'est des Montagnes-Rocheuses, jusqu'au Pacifique, pour relier la côte maritime de la Colombie-Britannique au réseau des chemins de fer canadiens, et de plus à faire achever ce chemin de fer dans les dix années de la date de l'Union.

Et le gouvernement de la Colombie-Britannique convient de transférer au Gouvernement fédéral, à la charge d'en disposer de telle manière que le Gouvernement fédéral le jugera à propos dans l'intérêt de la construction de ce chemin de fer, une étendue de terres publiques, sur tout le parcours de ce chemin de fer dans la Colombie-Britannique, ne devant pas excéder, néanmoins, vingt (20) milles de chaque côté de cette ligne, semblable à celle qui pourra être affectée au même objet par le Gouvernement fédéral à même les terres publiques des territoires du Nord-Ouest et de la province du Manitoba; pourvu que la quantité de terre qui pourra être possédée en vertu d'un droit de préemption ou d'une concession de la Couronne, dans les limites de l'étendue de terre dans la Colombie-Britannique qui devra être ainsi cédée et transportée au Gouvernement fédéral, sera remplacée au bénéfice du Gouvernement fédéral à même les terres publiques avoisinantes; et pourvu aussi que jusqu'au commencement, sous deux ans de la date de l'Union, comme il est dit ci-haut, de la construction de ce chemin de fer, le gouvernement de la Colombie-

1973 CanLII 4 (SCC)

other way than under right of pre-emption, requiring actual residence of the pre-emptor on the land claimed by him. In consideration of the land to be so conveyed in aid of the construction of the said railway, the Dominion Government agree to pay to British Columbia, from the date of the Union, the sum of 100,000 dollars per annum, in half-yearly payments in advance.

Britannique ne vendra ni n'aliénera aucune nouvelle partie des terres publiques de la Colombie-Britannique d'aucune autre manière qu'en vertu du droit de préemption, en exigeant de celui qui exercera ce droit qu'il tienne feu et lieu sur la terre qu'il réclamera. En considération des terres ainsi cédées pour aider à la construction de ce chemin de fer, le Gouvernement fédéral convient de payer à la Colombie-Britannique, à dater de l'époque de l'Union, la somme de 100,000 piastres par année, en versements semestriels et d'avance.

There was no reservation of Indian rights in respect of the railway belt to be conveyed to the Dominion Government.

Il n'y avait aucune réserve au sujet des droits indiens relativement à l'emprise de chemin de fer qui devait être cédée au gouvernement fédéral.

From what I have already said, it is apparent that before 1871 there were no treaties between the Indian tribes and the Colony relating to lands on the mainland. From the material filed, it appears that on Vancouver Island there were, in all, fourteen purchases of Indian lands in the area surrounding Fort Victoria. These are the ones referred to in the correspondence between James Douglas and the Colonial Office. In 1899, Treaty No. 8 was negotiated and certain tribes of northeastern British Columbia were grouped with the Cree, Beaver, Chipewyan, Alberta and Northwest Territories' tribes, and included in the treaty. The area covered by this treaty is vast—both in the Northwest Territories and northeastern British Columbia. There can be no doubt that by this treaty the Indians surrendered their rights in both areas.

Il ressort de ce que j'ai déjà dit qu'avant 1871, il n'existait aucun traité entre les tribus indiennes et la colonie au sujet des terres continentales. D'après les pièces produites, il semble que sur l'île de Vancouver, il y a eu en tout quatorze achats de terres indiennes dans la région du fort Victoria. Ce sont là les achats dont il est question dans la correspondance entre James Douglas et le Colonial Office. En 1899, le traité n° 8 a été négocié et certaines tribus du nord-est de la Colombie-Britannique ont été jointes, dans le traité, aux tribus Cree, Beaver, Chipewyan, et à celles de l'Alberta et des territoires du Nord-Ouest. La région visée par ce traité est vaste, tant dans les territoires du Nord-Ouest qu'au nord-est de la Colombie-Britannique. Il est certain qu'en vertu de ce traité, les Indiens ont cédé leurs droits dans les deux régions.

The appellants submit that this treaty constituted a recognition of their rights by the Dominion in 1899. Whether this involved a recognition of similar rights over the rest of the Province of British Columbia is another matter. The territorial limitations of the treaty and the fact that the Indians of northeastern British Columbia were included with those in the Northwest Territories may have some significance. But the answer of the Province is still the same—that original Indian title had been extinguished in the Colony of British Columbia prior to Confederation and that there were no Indian

Les appelants soutiennent que ce traité constituait une reconnaissance de leurs droits par le Dominion en 1899. La question de savoir si cela comportait une reconnaissance de droits semblables sur le reste de la Colombie-Britannique est une autre affaire. Les limites territoriales énoncées dans le traité et le fait que les Indiens du nord-est de la Colombie-Britannique ont été joints à ceux qui habitaient les territoires du Nord-Ouest peuvent avoir une certaine importance. Mais la réponse de la province demeure la même: le titre original indien avait été éteint dans la colonie de la Colombie-Britannique

1973 CanLII 4 (SCC)

claims to transfer to the Dominion beyond those mentioned in Article 13 of the Terms of Union.

In the United States an issue closely comparable with the one now before us was dealt with in three fairly recent cases in the Supreme Court. These case are: *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[8]; *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[9]; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*[10].

In these cases the Indians were claiming compensation for the taking of their lands outside their reserves and not covered by any treaty. The facts in the first *Tillamooks* case were these: After creating a Government for the Territory of Oregon by Act of 1848, Congress in 1850 authorized the negotiation of treaties with Indian tribes in the area. The official designated by the legislation concluded a treaty providing for the cession of Indian lands in return for certain money payments, and the creation of a reservation which by the very terms of its creation might be subject to future diminution. This treaty was only to be operative upon ratification. It was not submitted to the Senate until 1857 and it was never ratified. The reservation itself in subsequent years was reduced in size either by executive order or Act of Congress in order to open up more land for public settlement. Eventually, in 1894 Congress approved of the reservation as it then existed, *i.e.*, at its reduced size, and from then on did not take reservation lands without compensation.

The Tillamooks tribe brought action against the United States under an Act of 1935, which gave the Court of Claims jurisdiction to hear and adjudicate cases involving any and all legal and equitable claims arising under or growing out of the original Indian title, claims or rights in

[8] (1946), 329 U.S. 40.

[9] (1951), 341 U.S. 48.

[10] (1955), 348 U.S. 272.

avant la Confédération et il n'y avait aucun droit indien à transporter au Dominion à part les droits dont il est fait mention à l'article 13 des conditions de l'Union.

Aux États-Unis, une question à peu près semblable à celle dont nous sommes ici saisis a été traitée dans trois arrêts assez récents de la Cour suprême. Il s'agit des arrêts suivants: *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[8]; *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[9]; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*[10].

Dans ces affaires, les Indiens demandaient une indemnité par suite de la prise de leurs terres, situées en dehors de leurs réserves et non visées par quelque traité. Les faits de la première affaire *Tillamooks* sont les suivants: après avoir créé un gouvernement dans le territoire de l'Orégon par la loi de 1848, le Congrès, en 1850, a autorisé la négociation de traités avec les tribus indiennes de la région. Le représentant désigné par la loi a conclu un traité stipulant la cession des terres indiennes en contrepartie de certaines sommes d'argent, et la création d'une réserve dont la superficie pouvait, par les termes mêmes de l'acte, être diminuée par la suite. Ce traité ne devait entrer en vigueur qu'au moment de sa ratification. Il n'a été présenté au Sénat qu'en 1857, et n'a jamais été ratifié. Au cours des années qui ont suivi, la superficie de la réserve elle-même a été diminuée soit par ordonnance de l'exécutif soit par loi du Congrès, en vue de permettre la colonisation d'étendues plus vastes. Finalement, en 1894, le Congrès a approuvé la réserve existant alors, d'une superficie réduite; depuis lors, il n'avait pris aucune terre réservée sans indemnisation.

La tribu des Tillamooks intenta une action contre les États-Unis en vertu de la loi de 1935, qui rendait la Court of Claims compétente pour entendre et décider les causes portant sur tous droits juridiques et en «equity» découlant des titre, droits et prétentions originaux indiens,

[8] (1946), 329 U.S. 40.

[9] (1951), 341 U.S. 48.

[10] (1955), 348 U.S. 272.

1973 CanLII 4 (SCC)

the lands described in the unratified treaties. The judgment of the majority was that on proof of their original Indian title to the designated lands, and that their interest in these lands was taken without their consent and without compensation, the Tillamooks were entitled to recover compensation without showing that the original Indian title was ever formally recognized by the United States.

This was the first time that such a claim had been accepted and paid for in the United States. There had been previous cases where lands which had been reserved for Indians pursuant to treaty had been taken by the United States without the consent of the Indians. Such cases were *Shoshone Tribe of Indians v. United States*[11], and *United States v. Klamath and Moadoc Tribes of Indians*[12].

In *Shoshone* the Indians, by a treaty made in 1868, had a reservation set apart for their exclusive use. Ten years later the Commissioner of Indian Affairs settled another band of Indians on the reservation and from then on treated the two tribes as equal beneficiaries of the reservation. Acts of Congress subsequently adopted the policy initiated by the Commissioner. The Shoshones protested for a long time against this invasion of their rights, and eventually, in 1927, secured from Congress a jurisdictional Act which permitted them to claim compensation for the taking of an undivided one-half interest in their tribal lands.

In view of the subsequent developments in the *Tillamooks* and *Tee-Hit-Ton* cases, the basis of the award for compensation is of great interest. The Shoshones were awarded not only the value of their property rights at the time of taking, but also such additional amount as might be necessary to award just compensation, "the increment to be measured either by interest on the value or by such other standard as might be

[11] (1937), 299 U.S. 476.

[12] (1938), 304 U.S. 119.

relativement à des biens-fonds décrits dans les traités non ratifiés. La majorité décida que dès lors que l'on faisait la preuve de leur titre original indien sur les terres désignées, et que l'on établissait que leur intérêt dans celles-ci avait été éteint sans leur consentement et sans indemnisation, les Tillamooks avaient le droit d'obtenir une indemnité sans établir que le titre original indien avait déjà été positivement reconnu par les États-Unis.

C'était la première fois que pareille réclamation était accueillie et que les États-Unis payaient. Il y avait déjà eu des causes dans lesquelles des terres réservées aux Indiens en conformité d'un traité avaient été prises par les États-Unis sans le consentement de ceux-là; soit les affaires *Shoshone Tribe of Indians v. United States*[11], et *United States v. Klamath and Moadoc Tribes of Indians*[12].

Dans l'affaire *Shoshone*, les Indiens, par un traité conclu en 1868, avaient obtenu qu'une réserve soit mise à part pour leur usage exclusif. Dix ans plus tard, le commissaire des affaires indiennes établissait une autre bande d'Indiens sur la réserve; dès lors, il considéra les deux tribus comme bénéficiaires à part égale de la réserve. Des lois subséquentes du Congrès adoptèrent la ligne de conduite établie par le commissaire. Les Shoshones protestèrent longtemps contre cet empiétement sur leurs droits, et finalement, en 1927, ils obtinrent du Congrès une loi attributive de juridiction les autorisant à réclamer une indemnité pour la prise d'une moitié indivise de leurs terres tribales.

Étant donné ce qui advint dans les affaires subséquentes *Tillamooks* et *Tee-Hit-Ton*, le fondement de l'indemnité est d'un grand intérêt. Les Shoshones ont reçu non seulement la valeur de leurs droits de propriété au moment de la prise des terres, mais également tout montant additionnel nécessaire à une juste indemnisation, [TRADUCTION] «le montant additionnel devant être déterminé soit par l'intérêt sur la

[11] (1937), 299 U.S. 476.

[12] (1938), 304 U.S. 119.

1973 CanLII 4 (SCC)

suitable in the light of all the circumstances".

In the *Klamath* case, a similar award was made for the taking of part of their reserve.

The significance of the *Tillamooks* case is that the Court held that the principle of awarding compensation for the taking of Indian Reserves applied equally to claims arising out of original Indian title. The *ratio* of the majority appears in the following paragraph from the reasons of Vinson C.J.:

> Nor do other cases in this Court lend substance to the dichotomy of "recognized" and "unrecognized" Indian title which petitioner urges. Many cases recite the paramount power of Congress to extinguish the Indian right of occupancy by methods the justice of which "is not open to inquiry in the courts." *United States v. Sante Fe Pacific R. Co., supra* at 347. Lacking a jurisdictional act permitting judicial inquiry, such language cannot be questioned where Indians are seeking payment for appropriated lands; but here in the 1935 statute Congress has authorized decision by the courts upon claims arising out of original Indian title. Furthermore, some cases speak of the unlimited power of Congress to deal with those Indian lands which are held by what petitioner would call "recognized" title; yet it cannot be doubted that, given the consent of the United States to be sued, recovery may be had for an involuntary, uncompensated taking of "recognized" title. We think the same rule applicable to a taking of original Indian title. "Whether this tract . . . was properly called a reservation . . . or unceded Indian country, . . . is a matter of little moment . . . the Indians' right of occupancy has always been held to be sacred; something not to be taken from him except by his consent, and then upon such consideration as should be agreed upon." *Minnesota v. Hitchcock*, 185 U.S. 373, 388-89 (1902).

Mr. Justice Black agreed with the majority in the result but was of the opinion that the legislation of 1935, which permitted the bringing of the action, also created the obligation on the

valeur, soit par tout autre critère approprié compte tenu de l'ensemble des circonstances.»

Dans l'arrêt *Klamath*, un jugement semblable a été rendu par suite de la prise d'une partie d'une réserve.

L'arrêt *Tillamooks* est important en ce sens que la Cour a décidé que le principe consistant à indemniser lorsqu'il y avait prise de réserves indiennes, s'appliquait également aux réclamations découlant d'un titre original indien. L'alinéa suivant des motifs du Juge en chef Vinson semble reproduire le raisonnement de la majorité:

> [TRADUCTION] Et les autres arrêts de cette Cour ne tiennent pas compte de cette dichotomie entre titre indien «reconnu» et titre indien «non reconnu» qu'invoque le requérant. Dans de nombreux arrêts, il est question du pouvoir suprême du Congrès d'éteindre le droit indien d'occupation par des méthodes dont le caractère juste ou injuste «ne peut pas être examiné par les tribunaux». *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, p. 347. A défaut d'une loi permettant la tenue d'une enquête judiciaire, ces termes ne sauraient être contestés lorsque des Indiens réclament une indemnité à la suite de la prise de leurs terres; mais ici, dans la loi de 1935, le Congrès a autorisé les tribunaux à se prononcer sur les réclamations découlant d'un titre original indien. De plus, dans certains arrêts, il est question du pouvoir illimité du Congrès relativement aux terres indiennes détenues en vertu de ce que le requérant appelle un titre «reconnu»; or, il ne fait pas de doute que, dès lors que les États-Unis autorisent des poursuites, il est possible d'obtenir une indemnité par suite de la prise forcée, sans indemnisation, de terres sujettes à un titre «reconnu». Nous croyons que la même règle s'applique à la prise d'une terre grevée d'un titre original indien. «Que cette parcelle . . . ait à juste titre été appelée une réserve . . . ou un territoire indien non cédé, . . . importe peu . . . le droit d'occupation des Indiens a toujours été considéré comme sacré; comme une chose qui ne doit pas être prise sans le consentement des Indiens et sans donner la contrepartie qui est convenue.» *Minnesota v. Hitchcock*, 185 U.S. 373, 388-89 (1902).

M. le Juge Black souscrivait à l'avis de la majorité quant à la décision à rendre mais il était d'avis que la loi de 1935, autorisant l'introduction d'une instance, créait également l'obli-

1973 CanLII 4 (SCC)

part of the Government to pay the Tillamooks for all lands for which their ancestors held an "original Indian title". Three judges dissented. They would have dismissed the claim for the reasons summarized in the following paragraph:

> As we are of the opinion that the jurisdictional act permitted judgment only for claims arising under or growing out of the original Indian title and are further of the opinion that there were no legal or equitable claims that grew out of the taking of this Indian title, we would reverse the judgment of the Court of Claims and direct that the bill of the respondents should be dismissed. Cf. *Shoshone Indians v. United States*, 324 U.S. 335.

The original *Tillamooks* case cannot be dealt with without its sequel, *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[13] In the interval the Court of Claims had heard evidence on the amount of recovery and had given judgment for the value of the lands as of 1855, plus interest from that date. On appeal to the Supreme Court, the award of interest was unanimously set aside. The ground for this decision was that the special jurisdictional Act of 1935 did not expressly provide for the payment of interest, the only exception to this rule being when the taking entitles the claimant to just compensation under the Fifth Amendment:

> Looking to the former opinions in this case, we find that none of them expressed the view that recovery was grounded on a taking under the Fifth Amendment. And, since the applicable jurisdictional Act, 49 Stat. 801 (1935), contains no provision authorizing an award of interest, such award must be reversed.

This, to me, amounts to an affirmance of the opinion of Mr. Justice Black, above noted, that the jurisdictional Act of 1935 created the obligation to pay. In the first *Tillamooks* case, the majority had clearly said that there was no difference between compensation for the taking of reserves (*Shoshone* and *Klamath*) and for

[13] (1951), 341 U.S. 48.

gation, pour le gouvernement, d'indemniser les Tillamooks à l'égard de toutes les terres sur lesquelles leurs ancêtres avaient détenu un «titre original indien». Trois juges étaient dissidents. Ils auraient rejeté la réclamation pour les motifs énoncés dans l'alinéa suivant:

> [TRADUCTION] Étant donné que nous sommes d'avis que la loi attributive de juridiction permet uniquement qu'un jugement soit rendu à l'égard de réclamations découlant du titre original indien, et que nous sommes de plus d'avis qu'il n'existait aucun droit juridique ou en «equity» découlant de la prise des terres sujettes à ce titre indien, nous infirmerions le jugement de la Court of Claims et ordonnerions le rejet de la demande des intimés. Cf. *Shoshone Indians v. United States*, 324 U.S. 335.

La première affaire *Tillamooks* ne peut pas être examinée sans l'autre, l'affaire *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*[13], qui en fut la suite. Dans l'intervalle, la Court of Claims avait entendu les témoignages au sujet du montant de l'indemnité et accordé un montant équivalent à la valeur qu'avaient les terres en 1855, plus l'intérêt couru depuis lors. Lors de l'appel à la Cour suprême, le jugement relatif à l'intérêt fut infirmé à l'unanimité. Le motif à la base de cette décision était que la loi particulière de 1935 n'édictait pas expressément le paiement d'un intérêt, la seule exception à cette règle étant le cas où la prise autorise le réclamant à recevoir une juste indemnité en vertu du cinquième Amendement:

> [TRADUCTION] Si nous examinons les avis antérieurs en l'espèce, nous constatons qu'aucun ne dit que l'indemnisation est fondée sur une expropriation visée par le cinquième Amendement. Et, étant donné que la loi applicable, 49 Stat. 801, (1935), ne renferme aucune disposition autorisant l'attribution d'un intérêt, pareille attribution doit être infirmée.

A mon sens, cela équivaut à une confirmation de l'avis exprimé par le Juge Black, précité, que la loi attributive de juridiction de 1935 créait l'obligation de payer. Dans la première affaire *Tillamooks*, la majorité avait clairement dit qu'il n'existait aucune différence entre une indemnité découlant de la prise de réserves (arrêts *Shos-*

[13] (1951), 341 U.S. 48.

1973 CanLII 4 (SCC)

claims under original Indian title, and that both claims came under the Fifth Amendment. The second *Tillamooks* case receded from this position and held that the claim had to be dealt with under the legislation of 1935 and not under the Fifth Amendment.

The next case is *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*[14]. The United States had taken certain timber from Alaskan lands which the Indians said belonged to them. They asked for compensation. In this case compensation claimed did not arise from any statutory direction to pay. The petition was founded on the Fifth Amendment and the aboriginal claim against the lands upon which the timber stood. The suit was one which could be brought as a matter of procedure under a jurisdictional Act of 1946 permitting suits for Indian claims accruing after that date. The Court held that the recovery in the *Tillamooks* case (329 U.S. 40) and (341 U.S. 48) was based upon a statutory direction to pay for the aboriginal title in the special jurisdictional Act for the purpose of equalizing the Tillamooks with the neighbouring tribes and not that there had been a compensable taking under the Fifth Amendment.

Again, I say this was, in effect, an adoption of the opinion of Mr. Justice Black in the *Tillamooks* case that the basis of recovery was statutory.

The relevant portion of the Fifth Amendment provides as follows:

> nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

The finding of the Court in the second *Tillamooks* case was therefore that aboriginal title did not constitute private property compensable under the Amendment.

[14] (1955), 348 U.S. 272.

hone et *Klamath*) et celle découlant de réclamations en vertu d'un titre original indien, et que les deux réclamations étaient visées par le cinquième Amendement. Dans la seconde affaire *Tillamooks*, la cour n'a pas pris cette position et a décidé que la réclamation devait être décidée selon la loi 1935 et non pas selon le cinquième Amendement.

L'autre arrêt est celui rendu dans l'affaire *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*[14]. Les États-Unis avaient pris le bois de terres boisées de l'Alaska, lesquelles, d'après les Indiens, appartenaient à ceux-ci. Les Indiens ont demandé une indemnité. En l'espèce, l'indemnité réclamée ne découlait d'aucune obligation légale de payer. La requête était fondée sur le cinquième Amendement et sur le droit aborigène grevant les terres sur lesquelles se trouvaient les arbres. La poursuite pouvait être engagée en vertu d'une loi de 1946 autorisant les poursuites ayant trait aux réclamations indiennes nées après cette date. La Cour décida que dans l'arrêt *Tillamooks*, (329 U.S. 40) et (341 U.S. 48), l'indemnité était fondée sur une obligation statutaire d'acquitter le titre aborigène visé dans la loi attributive spéciale, en vue d'accorder la même protection aux Tillamooks qu'aux tribus voisines, et non pas sur une prise de terres pouvant faire l'objet d'une indemnisation en vertu du cinquième Amendement.

Encore une fois, j'estime qu'on se trouvait ainsi à adopter l'avis exprimé par le Juge Black dans l'arrêt *Tillamooks*, soit que le fondement de l'indemnité se trouvait dans une loi.

Le passage pertinent du cinquième Amendement édicte ce qui suit:

> [TRADUCTION] et aucune propriété privée ne sera prise à des fins publiques sans une juste indemnisation.

Dans le second arrêt *Tillamooks*, la cour a donc conclu que le titre aborigène ne constituait pas une propriété privée pouvant faire l'objet d'une indemnisation en vertu de l'Amendement.

[14] (1955), 348 U.S. 272.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

This position is spelled out in the *Tee-Hit-Ton* case. In the opinion of the Court, at p. 279, in discussing the nature of aboriginal Indian title, it is said:

> This is not a property right but amounts to a right of occupancy which the sovereign grants and protects against intrusion by third parties but which right of occupancy may be terminated and such lands fully disposed of by the sovereign itself without any legally enforceable obligation to compensate the Indians.

Cette position est énoncée clairement dans l'arrêt *Tee-Hit-Ton*. Au sujet de la nature du titre aborigène indien, la cour exprime l'avis suivant, p. 279:

> [TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'un droit de propriété, mais en quelque sorte, d'un droit d'occupation que le Souverain accorde et qu'il protège contre l'empiétement par des tiers; mais le souverain peut éteindre ce droit d'occupation et peut vendre les terres sans encourir d'obligation juridiquement exécutoire d'indemniser les Indiens.

In my opinion, in the present case, the sovereign authority elected to exercise complete dominion over the lands in question, adverse to any right of occupancy which the Nishga Tribe might have had, when, by legislation, it opened up such lands for settlement, subject to the reserves of land set aside for Indian occupation.

A mon avis, en la présente espèce, l'autorité souveraine a décidé d'exercer sur les terres en litige une suprématie complète contraire à tout droit d'occupation de la tribu nishga lorsque, par une loi, elle a ouvert ces terres à la colonisation à l'exception des réserves mises de côté aux fins de l'occupation indienne.

We were not referred to any cases subsequent to *Tee-Hit-Ton* on the problem of compensation for claims arising out of original Indian title. The last word on the subject from the Supreme Court of the United States is, therefore, that there is no right to compensation for such claims in the absence of a statutory direction to pay. An *Indian Claims Commission Act* was, in fact, passed by Congress in 1946. I note the concluding paragraph in the reasons for judgment in *Tee-Hit-Ton*. In my opinion, it has equal application to the appeal now before us:

On n'a invoqué aucun arrêt postérieur à l'arrêt *Tee-Hit-Ton* en ce qui concerne le problème de l'indemnisation résultant de réclamations fondées sur un titre original indien. Par conséquent, la Cour suprême des États-Unis a en dernier lieu décidé qu'il n'existe aucun droit d'indemnisation par suite de pareilles réclamations à défaut d'une obligation statutaire de payer. Le *Indian Claims Commission Act* a de fait été adopté par le Congrès en 1946. Je note le dernier alinéa des motifs de jugement rendus dans l'affaire *Tee-Hit-Ton*. A mon avis, il s'applique également à l'appel dont nous sommes ici saisis:

> In the light of the history of Indian relations in this Nation, no other course would meet the problem of the growth of the United States except to make congressional contributions for Indian lands rather than to subject the Government to an obligation to pay the value when taken with interest to the date of payment. Our conclusion does not uphold harshness as against tenderness toward the Indians, but it leaves with Congress, where it belongs, the policy of Indian gratuities for the termination of Indian occupancy of Government-owned land rather than making compensation for its value a rigid constitutional principle.

> [TRADUCTION] Étant donné l'histoire des relations indiennes en ce pays, la seule mesure à prendre, compte tenu de la croissance des États-Unis, serait que le Congrès fasse des contributions à l'égard des terres indiennes plutôt que de soumettre le gouvernement à l'obligation de payer la valeur au moment de la prise, avec intérêt jusqu'à la date du paiement. Notre conclusion ne se veut pas dure à l'égard des Indiens, mais elle laisse le Congrès, qui devrait avoir compétence en la matière, déterminer la ligne de conduite à établir en ce qui concerne les prestations d'extinction de l'occupation indienne sur les terres du gouvernement, et évite de faire de l'indemnisation fondée sur la valeur des terres un principe constitutionnel rigide.

For the foregoing reasons I have reached the conclusion that this action fails and that the appeal should be dismissed.

There is the further point raised by the respondent that the Court did not have jurisdiction to make the declaratory order requested because the granting of a fiat under the *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89, was a necessary prerequisite to bringing the action and it had not been obtained. While it is not necessary, in view of my conclusion as to the disposition of this appeal, to determine this point, I am in agreement with the reasons of my brother Pigeon dealing with it.

I would dismiss the appeal and would make no order as to costs.

The judgment of Hall, Spence and Laskin JJ. was delivered by

HALL J. (*dissenting*)—This appeal raises issues of vital importance to the Indians of northern British Columbia and, in particular, to those of the Nishga tribe. The Nishga tribe has persevered for almost a century in asserting an interest in the lands which their ancestors occupied since time immemorial. The Nishgas were never conquered nor did they at any time enter into a treaty or deed of surrender as many other Indian tribes did throughout Canada and in southern British Columbia. The Crown has never granted the lands in issue in this action other than a few small parcels later referred to prior to the commencement of the action.

The claim as set out in the statement of claim reads as follows:

WHEREFORE the Plaintiffs claim a declaration that the aboriginal title, otherwise known as the Indian title, of the Plaintiffs to their ancient tribal territory hereinbefore described, has never been lawfully extinguished.

The Attorney General of Canada, although given notice under the *Constitutional Questions*

Pour les motifs ci-dessus énoncés, j'en suis venu à la conclusion que l'action ne peut être accueillie et que l'appel devrait être rejeté.

L'intimé a soulevé une autre question: la Cour ne serait pas compétente pour rendre l'ordonnance déclaratoire demandée parce qu'avant d'engager l'action, il fallait obtenir une autorisation en vertu du *Crown Procedure Act*, R.S.B.C., 1960, c. 89, et que celle-ci n'a pas été obtenue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, étant donné la conclusion à laquelle j'en suis venu, de statuer sur ce point, je souscris aux motifs exprimés par mon collègue le Juge Pigeon à cet égard.

Je suis d'avis de rejeter l'appel et de ne rendre aucune ordonnance relativement aux dépens.

Le jugement des Juges Hall, Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE HALL (*dissident*)—Le présent appel soulève des questions ayant une importance vitale pour les Indiens du nord de la Colombie-Britannique et, en particulier, pour ceux de la tribu des Nishgas. La tribu des Nishgas persiste depuis presque un siècle à faire valoir un droit dans certains biens-fonds, à la suite de l'occupation immémoriale de ceux-ci par leurs ancêtres. Les Nishgas n'ont jamais été conquis et n'ont conclu aucun traité ou acte de cession, contrairement à plusieurs autres tribus indiennes à travers le Canada et au sud de la Colombie-Britannique. Avant l'introduction de l'instance, la Couronne n'avait jamais concédé les biens-fonds qui sont en litige, à l'exception des quelques petites parcelles dont il sera plus loin question.

La réclamation formulée dans la déclaration se lit comme suit:

[TRADUCTION] PAR CONSÉQUENT, les demandeurs réclament une déclaration suivant laquelle le titre aborigène, autrement dit titre indien, qu'ils détiennent sur leur ancien territoire tribal ci-dessus décrit, n'a jamais été juridiquement éteint.

Bien qu'un avis lui ait été donné en vertu du *Constitutional Questions Determination Act*,

1973 CanLII 4 (SCC)

Determination Act, R.S.B.C. 1960, c. 72, elected not to intervene in the action (ex. 3).

It was stated and agreed to by counsel at the hearing in this Court that Parliament had not taken any steps or procedures to extinguish the Indian right of title after British Columbia entered Confederation. The appeal was argued on this basis and on the representation of counsel that no constitutional question was involved.

Consideration of the issues involves the study of many historical documents and enactments received in evidence, particularly exs. 8 to 18 inclusive and exs. 25 and 35. The Court may take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous: *Monarch Steamship Co. Ltd. v. A/B Karlshamms Oljefabriker*[15], at p. 234, and the Court is entitled to rely on its own historical knowledge and researches: *Read v. Lincoln*[16], Lord Halsbury at pp. 652-4.

The assessment and interpretation of the historical documents and enactments tendered in evidence must be approached in the light of present-day research and knowledge disregarding ancient concepts formulated when understanding of the customs and culture of our original people was rudimentary and incomplete and when they were thought to be wholly without cohesion, laws or culture, in effect a subhuman species. This concept of the original inhabitants of America led Chief Justice Marshall in his otherwise enlightened judgment in *Johnson v. McIntosh*[17], which is the outstanding judicial pronouncement on the subject of Indian rights to say, "But the tribes of Indians inhabiting this country were fierce savages whose occupation was war . . ." We now know that that assessment was ill-founded. The Indians did in fact at times engage in some tribal wars but war was not their vocation and it can be said that their

[15] [1949] A.C. 196.

[16] [1892] A.C. 644.

[17] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

R.S.B.C. 1960, c. 72, le procureur général du Canada a décidé de ne pas intervenir dans l'action (Pièce nº 3).

A l'audition devant cette Cour, les avocats ont affirmé et convenu que le Parlement n'avait pris aucune mesure en vue d'éteindre le titre indien après l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération. L'appel a été plaidé sur cette base et en se fondant sur la déclaration des avocats qu'aucune question constitutionnelle n'était en jeu.

L'examen des questions en litige comporte l'étude des nombreux documents historiques et textes législatifs versés au dossier, particulièrement les pièces 8 à 18 inclusivement et les pièces 25 et 35. La Cour peut prendre judiciairement connaissance des faits historiques, tant passés que contemporains: *Monarch Steamship Co. Ltd. v. A/B Karlshamms Oljefabriker*[15], p. 234; elle a le droit de se fonder sur ses propres connaissances historiques ainsi que sur les recherches qu'elle a faites à cet égard: *Read v. Lincoln*[16], Lord Halsbury, pp. 652-4.

Il faut aborder la question de l'appréciation et de l'interprétation des documents historiques et des textes législatifs versés au dossier en se fondant sur les recherches et connaissances actuelles sans tenir compte des anciens concepts formulés à une époque où la compréhension des coutumes et de la culture des aborigènes de notre pays était rudimentaire et incomplète et où l'on pensait qu'ils étaient sans cohésion, lois ou culture et constituaient de fait une espèce inférieure. Cette idée que l'on se faisait des premiers habitants de l'Amérique a amené le Juge en chef Marshall à dire, dans le jugement par ailleurs éclairé qu'il a rendu dans l'affaire *Johnson v. McIntosh*[17], jugement qui a fait autorité de façon éminente en matière de droits indiens: [TRADUCTION] «Mais les tribus indiennes habitant ce pays étaient composées de féroces sauvages dont l'occupation consistait à faire la guerre . . .» Nous savons maintenant

[15] [1949] A.C. 196.

[16] [1892] A.C. 644.

[17] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

1973 CanLII 4 (SCC)

preoccupation with war pales into insignificance when compared to the religious and dynastic wars of "civilized" Europe of the 16th and 17th centuries. Marshall was, of course, speaking with the knowledge available to him in 1823. Chief Justice Davey in the judgment under appeal, with all the historical research and material available since 1823 and notwithstanding the evidence in the record which Gould J. found was given "with total integrity" said of the Indians of the mainland of British Columbia:

. . . They were undoubtedly at the time of settlement a very primitive people with few of the institutions of civilized society, and none at all of our notions of private property.

In so saying this in 1970, he was assessing the Indian culture of 1858 by the same standards that the Europeans applied to the Indians of North America two or more centuries before.

The case was tried in part upon written admissions, including the following:

1. The Defendant admits that the Plaintiff Frank Calder is the President of the Nishga Tribal Council and that the Plaintiffs James Gosnell, Nelson Azak, William McKay, Anthony Robinson, Robert Stevens, Hubert Doolan and Henry McKay are the officers of the Nishga Tribal Council.

6. The Defendant admits that the bands referred to in paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the Statement of Claim are the descendants of Indians who have inhabited since time immemorial the area delineated in the map annexed hereto and signed by counsel for the Plaintiffs and the Defendant.

7. The Defendant admits that the ancestors of persons referred to in paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the Statement of Claim in this action had obtained a living since time immemorial from the lands and waters delineated in the map annexed hereto.

Paragraphs 6 and 7 constitute the basis of the claim founded on possession from time

que cette appréciation n'était pas fondée. Les Indiens ont de fait parfois participé à certaines guerres tribales, mais ce n'était pas là leur vocation et l'on peut dire que leur préoccupation guerrière était peu importante en comparaison des guerres religieuses et dynastiques qui ont ravagé l'Europe «civilisée» des 16e et 17e siècles. Les paroles du Juge Marshall étaient bien sûr fondées sur l'état des connaissances en 1823. Dans le jugement *a quo*, le Juge en chef Davey, ayant eu à sa disposition toute la recherche et tous les documents historiques depuis 1823 et malgré la preuve versée au dossier, qui, selon le Juge Gould, a été présentée [TRADUCTION] «avec une intégrité complète», a dit ce qui suit au sujet des Indiens de la Colombie-Britannique continentale:

[TRADUCTION]. . . Au moment de la colonisation, ils formaient sans aucun doute un peuple très primitif, connaissant peu les institutions d'une société civilisée, et aucune de nos notions de propriété privée.

En formulant ce commentaire en 1970, il appréciait la culture indienne de 1858 en se servant des normes que les Européens avaient appliquées aux Indiens de l'Amérique du Nord deux siècles ou plus auparavant.

La cause a été entendue en partie sur la base de certaines déclarations écrites, y compris les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] 1. Le défendeur reconnaît que le demandeur Frank Calder est président du conseil de la tribu des Nishgas et que les demandeurs James Gosnell, Nelson Azak, William McKay, Anthony Robinson, Robert Stevens, Hubert Doolan et Henry McKay sont les représentants du conseil de la tribu des Nishgas.

6. Le défendeur reconnaît que les bandes mentionnées aux paragraphes 2, 3, 4 et 5 de la déclaration sont composées des descendants des Indiens qui ont habité de temps immémorial la région délimitée sur le plan ci-joint, signé par l'avocat des demandeurs et par celui du défendeur.

7. Le défendeur reconnaît que les ancêtres des personnes mentionnées aux paragraphes 2, 3, 4 et 5 de la déclaration produite au soutien de la présente action vivaient, de temps immémorial, des terres et cours d'eau indiqués sur le plan ci-joint.

Les paragraphes 6 et 7 constituent le fondement de la réclamation, basée sur la possession immé-

1973 CanLII 4 (SCC)

immemorial. Further admissions were made at the trial as follows:

MR. BERGER: The Defendant has admitted that the plaintiffs are the officers of the Nishga Tribal Council and members of the Band Councils of each of the bands. The Defendant has also admitted that these bands are the descendants of Indians who have inhabited since time immemorial the area delineated in the map annexed hereto, prepared by Professor Wilson Duff of U.B.C., which has been signed by Counsel for the Plaintiff and Counsel for the Defendant. The Defendant also admits that the ancestors of the persons who are members of the band in the Naas River today had obtained a living since time immemorial from the lands and waters delineated in the map.

The admissions of fact have been signed by my friend, Mr. Brown.

THE COURT: That will be exhibit 1.

The map referred to by Mr. Berger was received in evidence as ex. 2 and the lands in question in this action are those delineated in ex. 2. This is the map referred to in para. 6 of the admissions previously quoted.

All the area outlined in ex. 2 is now internationally recognized as being in Canada, but Canadian sovereignty over part (the greater part of Pearce Island) was not confirmed until the United States-Canadian boundary was fixed by the Alaskan Boundary Commission in 1903. This historical fact cannot be overlooked in considering whether, as the respondent alleges, the Indian right or title, if any, was extinguished between 1858 and when British Columbia entered Confederation in 1871.

The boundary line separating the Territory of Alaska from the Province of British Columbia was in doubt at the time of Confederation. This is borne out by a petition from the Legislative Assembly of British Columbia dated March 12, 1872, which reads in part as follows:

moriale. Lors du procès, d'autres déclarations ont été faites:

[TRADUCTION] Me BERGER: Le défendeur a reconnu que les demandeurs sont les représentants du conseil de la tribu des Nishgas et sont membres des conseils de chacune des bandes. Le défendeur a également reconnu que ces bandes sont composées des descendants des Indiens qui ont habité, de temps immémorial, la région délimitée sur le plan ci-joint, dressé par le professeur Wilson Duff, de l'université de la Colombie-Britannique, et signé par l'avocat du demandeur et par celui du défendeur. Le défendeur reconnaît également que les ancêtres des membres de la bande vivant sur les bords de la Naas à l'heure actuelle, vivaient, de temps immémorial, des terres et cours d'eau indiqués sur le plan.

L'exposé des faits reconnus a été signé par mon collègue, Me Brown.

LA COUR: Ce sera la pièce 1.

Le plan mentionné par Me Berger a été versé au dossier comme pièce nº 2 et les biens-fonds qui sont en cause dans la présente action sont ceux qui sont délimités dans la pièce nº 2. Il s'agit du plan dont il est fait mention au paragraphe 6 de l'exposé, précité.

Il est maintenant internationalement reconnu que toute la région délimitée dans la pièce nº 2 fait partie du Canada, mais la souveraineté du Canada sur une partie de cette région (la majeure partie de l'île Pearce) n'a été confirmée qu'au moment où la frontière canado-américaine a été fixée par la Alaskan Boundary Commission en 1903. Il faut tenir compte de ce fait historique en déterminant si, comme l'allègue l'intimé, le droit ou titre des Indiens, s'il en est, a été éteint entre 1858 et le moment où la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération en 1871.

La frontière séparant le territoire de l'Alaska de la province de la Colombie-Britannique n'était pas bien établie au moment de la Confédération. On trouve une confirmation de ce fait dans une pétition de l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, datée du 12 mars 1872, laquelle se lit partiellement comme suit:

1973 CanLII 4 (SCC)

. . . inasmuch as the boundary line between the adjoining Territory of Alaska and the said Province of British Columbia has never been properly defined, and insomuch as it will materially assist in maintaining peace, order, and good government within the said Province, to have the boundary line properly laid down—to take such steps as may call the attention of the Dominion Government to the necessity of some action being taken at an early date, to have the boundary line properly defined.

This was followed by attempts to have the boundary line surveyed and there followed extensive communications between the Governments of the United States and of England but no definite action was taken to settle the boundary until a treaty was signed in Washington on January 24, 1903, setting up the Alaska Boundary Commission charged with fixing the boundary.

The appellant Calder described the area as follows:

Q. Can you tell his lordship whether the Nishgas today make use of the lands and waters outlined in the map, exhibit 2?

A. Put it this way, in answer to your question, from time immemorial the Nishgas have used the Naas River and all its tributaries within the boundaries so submitted, the lands in Observatory Inlet, the lands in Portland Canal, and part of Portland Inlet. We still hunt within those lands and fish in the waters, streams and rivers, we still do, as in time past, have our campsites in these areas and we go there periodically, seasonally, according to the game and the fishing season, and we still maintain these sites and as far as we know, they have been there as far back as we can remember.

We still roam these territories, we still pitch our homes there whenever it is required according to our livelihood and we use the land as in times past, we bury our dead within the territory so defined and we still exercise the privilege of free men within the territory so defined.

Q. Mr. Calder, do you know whether the Indian tribes that live in the area adjacent to the territory outlined in the map, exhibit 2, acknowledged the rights of the Nishga people within the territory?

A. Yes, we have a very friendly relationship within the neighbouring tribes to the extent the Nish-

[TRADUCTION] . . . étant donné que la frontière entre le territoire adjacent de l'Alaska et ladite province de la Colombie-Britannique n'a jamais été fixée d'une façon précise, et étant donné que la délimitation exacte de la frontière aidera considérablement à maintenir la paix, l'ordre et le bon gouvernement dans ladite province, de faire des démarches aux fins d'attirer l'attention du gouvernement du Dominion sur la nécessité de prendre des mesures le plus tôt possible en vue de fixer la frontière d'une façon précise.

On a ensuite tenté de faire le relevé de la frontière; puis, il y a eu de longs pourparlers entre les gouvernements américain et anglais, mais aucune mesure précise n'a été prise en vue de régler la question de la frontière jusqu'à ce qu'un traité ait été signé à Washington le 24 janvier 1903, en vertu duquel était créée la Alaska Boundary Commission responsable de la délimitation de la frontière.

L'appelant Calder a décrit la région comme suit:

[TRADUCTION] Q. Pouvez-vous dire à Sa Seigneurie si actuellement les Nishgas utilisent les terres et cours d'eau indiqués sur le plan, pièce 2?

R. Disons ceci en réponse à votre question, de temps immémorial, les Nishgas ont utilisé la Naas et tous ses affluents à l'intérieur des limites ainsi définies, les terres du Observatory Inlet, celles du canal Portland, et une partie du Portland Inlet. Nous chassons encore sur ces terres et nous pêchons dans les cours d'eau, ruisseaux et rivières, comme dans le passé, nous campons dans ces régions et nous nous y rendons périodiquement, suivant la saison, en suivant les saisons de chasse et de pêche, nous entretenons encore ces lieux, et, à notre connaissance, ils ont toujours été là.

Nous parcourons encore ces territoires, nous y campons encore chaque fois que cela est requis selon notre mode de vie, et nous utilisons les terres comme dans le passé, nous enterrons nos morts dans le territoire délimité et nous y exerçons encore le privilège des hommes libres.

Q. Monsieur Calder, savez-vous si les tribus indiennes qui vivent dans la région adjacente au territoire délimité sur le plan, pièce 2, ont reconnu les droits du peuple Nishga dans les limites de ce territoire?

R. Oui, nous avons des relations très amicales avec les tribus voisines, au point que les Nishgas sont

1973 CanLII 4 (SCC)

gas have even allowed historical rights within the area, like the famous candle fish.

Q. On the map there is a line circling part of the Naas River—

A. Just above Naas Bay. You are referring to this?

Q. No, I am referring to the circle, the dotted line that encircles the Naas River just above Naas Bay.

A. Yes.

THE COURT: That is where it encircles the Naas River?

THE WITNESS: Just above Naas Bay, above and opposite and below. Northeast, I should say, my lord.

MR. BERGER:

Q. Does that circle indicate the Ooligchan grounds?

A. Yes.

Q. Are the rights of any other tribes besides the Nishga people recognized there?

A. The Port Simpson people, the Tsimshian tribes have their own locations in which they have their supply of Ooligchans.

The area described by Calder covers all the lands outlined in ex. 2 other than a small parcel granted by the Government of British Columbia for the townsite of Stewart as well as tree farm license No. 1 and possibly some mineral leases and timber dispositions of indefinite duration. These parcels total but a fraction of the area in ex. 2. The appellants now make no claim in respect of these parcels but it will be noted that in paras. 19, 20 and 21 of the statement of claim the appellants allege as follows:

19. No part of the said territory was ever ceded to or purchased by Great Britain or the United Kingdom, and no part of the said territory was ever ceded to or purchased by the Colony of British Columbia.

20. No part of the said territory has been ceded to or purchased by the Crown in right of the Province of British Columbia and no part thereof has been purchased from the said Nishga tribe or the Plaintiffs or

allés jusqu'à reconnaître des droits historiques dans les limites de la région, par exemple le fameux poisson-chandelle.

Q. Sur le plan se trouve une ligne encerclant une partie de la Naas—

R. Juste au-dessus de la baie Naas. C'est ceci que vous voulez dire?

Q. Non, je veux dire le cercle, la ligne pointillée qui encercle la Naas juste au-dessus de la baie Naas.

R. Oui.

LA COUR: C'est là où elle encercle la Naas?

LE TÉMOIN: Juste au-dessus de la baie Naas, au-dessus, de l'autre côté et au-dessous. Au nord-est, je dirais, Votre Seigneurie.

Me BERGER:

Q. Ce cercle indique-t-il l'emplacement des pêches de Ooligchans?

R. Oui.

Q. Les droits des autres tribus, à part les Nishgas, sont-ils reconnus à cet endroit?

R. Les gens de Port Simpson, les tribus Tshimshian ont leurs propres emplacements où elles trouvent les Ooligchans dont elles ont besoin.

La région décrite par Calder englobe toutes les terres délimitées dans la pièce nº 2 sauf une petite parcelle concédée par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour l'emplacement de la ville de Stewart de même que le permis de ferme aboricole nº1 et peut-être quelques baux miniers et aliénations relatives à l'abattage des arbres, d'une durée indéfinie. Ces parcelles ne représentent qu'une fraction de la région indiquée dans la pièce nº 2. Les appelants ne font ici aucune réclamation à l'égard de ces parcelles mais il est bon de noter qu'aux paragraphes 19, 20 et 21 de la déclaration, ils allèguent ce qui suit:

[TRADUCTION] 19. Aucune partie dudit territoire n'a été cédée ou vendue à la Grande-Bretagne ou au Royaume-Uni, et aucune partie dudit territoire n'a été cédée ou vendue à la colonie de la Colombie-Britannique.

20. Aucune partie dudit territoire n'a été cédée ou vendue à la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique et aucune partie dudit territoire n'a été achetée de ladite tribu des Nishgas, des

1973 CanLII 4 (SCC)

any of them by the Crown or by any person acting on behalf of the Crown, at a public meeting or assembly or otherwise, or by any person whomsoever.

21. The Plaintiffs say that the Land Act and other statutes of the Province of British Columbia do not apply to the lands comprising the tribal territory of the Nishga tribe so as to confer any title or interest in the said lands unencumbered by the aboriginal title of the Nishga tribe, and that if the Land Act and other statutes of the Province of British Columbia have purported to purport to confer any title or interest unencumbered by the aboriginal title of the Nishga tribe, in any of the land comprising the tribal territory of the Nishga nation, the same are ultra vires the Province of British Columbia.

Paragraph 21 alleges that any disposition by the Province of British Columbia purporting to have been made under the *Land Act* or other statutes of the Province are *ultra vires* the Province and also by paras. 1 and 2 of the reply the appellants plead that all the proclamations and enactments set out and referred to in paras. 12 and 13 of the statement of defence were *ultra vires* the Colony of British Columbia and of the Province of British Columbia.

The nature of the title of the interest being asserted on behalf of the Nishgas was stated in evidence by Calder in cross-examination as follows:

From time immemorial the Naas River Nishga Indians possessed, occupied and used the Naas Valley, Observatory Inlet, and Portland Inlet and Canal, and within this territory the Nishgas hunted in its woods, fished in its waters, streams and rivers. Roamed, hunted and pitched their tents in the valleys, shores and hillsides. Buried their dead in their homeland territory. Exercised all the privileges of free men in the tribal territory. The Nishgas have never ceded or extinguished their aboriginal title within this territory.

which is actually a quotation from ex. 7.

demandeurs ou de l'un d'eux par la Couronne ou par quelque autre personne représentant la Couronne, lors d'une séance ou d'une assemblée publique ou autrement, ou par quelque personne que ce soit.

21. Les demandeurs affirment que le Land Act et les autres lois de la Colombie-Britannique ne s'appliquent pas aux biens-fonds comprenant le territoire tribal des Nishgas de façon à conférer quelque titre ou droit dans lesdits biens-fonds sans qu'ils soient grevés du titre aborigène de la tribu des Nishgas, et que si le Land Act et les autres lois de la province de la Colombie-Britannique visent à conférer quelque titre ou intérêt, sans que les biens-fonds soient grevés du titre aborigène de la nation nishga, dans l'un quelconque des biens-fonds comprenant le territoire tribal de la nation nishga, la province de la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour adopter ces dispositions.

Le paragraphe 21 allègue que toute aliénation par la province de la Colombie-Britannique censée faite en vertu du *Land Act* ou d'autres lois de la province est *ultra vires*; de plus, aux paragraphes 1 et 2 de la réponse, les appelants prétendent que toutes les proclamations et dispositions législatives énoncées et mentionnées aux paragraphes 12 et 13 de la défense sont *ultra vires*, qu'elles aient été adoptées par la colonie de la Colombie-Britannique ou par la province de la Colombie-Britannique.

La nature du titre afférent aux droits que l'on fait valoir au nom des Nishgas a été exposée comme suit par Calder dans son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] De temps immémorial, les Nishgas de la Naas possédaient, occupaient et utilisaient la vallée de la Naas, le Observatory Inlet, et le Portland Inlet ainsi que le Canal Portland; dans les limites de ce territoire, les Nishgas chassaient dans les bois, pêchaient dans les cours d'eau, ruisseaux et rivières. Ils se déplaçaient, ils chassaient et dressaient leurs tentes dans les vallées, sur les grèves et sur les collines. Ils enterraient leurs morts dans le territoire qu'ils habitaient. Ils exerçaient tous les privilèges des hommes libres sur le territoire tribal. Les Nishgas n'ont jamais cédé ou éteint leur titre aborigène dans les limites de ce territoire.

Il s'agit en fait d'une citation tirée de la pièce nº 7.

1973 CanLII 4 (SCC)

When asked to state the nature of the right being asserted and for which a declaration was being sought, counsel for the appellants described it as "an interest which is a burden on the title of the Crown; an interest which is usufructuary in nature; a tribal interest inalienable except to the Crown and extinguishable only by legislative enactment of the Parliament of Canada." The exact nature and extent of the Indian right or title does not need to be precisely stated in this litigation. The issue here is whether any right or title the Indians possess as occupants of the land from time immemorial has been extinguished. They ask for a declaration that there has been no extinguishment. The precise nature and value of that right or title would, of course, be most relevant in any litigation that might follow extinguishment in the future because in such an event, according to common law, the expropriation of private rights by the government under the prerogative necessitates the payment of compensation: *Newcastle Breweries Ltd. v. The King*[18]. Only express words to that effect in an enactment would authorize a taking without compensation. This proposition has been extended to Canada in *Montreal v. Montreal Harbour Commission*[19]. The principle is so much part of the common law that it even exists in time of war as was made clear in *Attorney General v. DeKeyser's Royal Hotel*[20], and *Burmah Oil Co. v. Lord Advocate*[21]. This is not a claim to title in *fee* but is in the nature of an equitable title or interest, (see *Cherokee Nation v. State of Georgia*[22]) a usufructuary right and a right to occupy the lands and to enjoy the fruits of the soil, the forest and of the rivers and streams which does not in any way deny the Crown's paramount title as it is recognized by the law of nations. Nor does the Nishga claim challenge the federal Crown's right to extinguish that title. Their position is that they possess a right of occupation against the world except the Crown and that the Crown has not to date lawfully extinguished that right.

[18] [1920] 1 K.B. 854.

[19] [1926] A.C. 299.

[20] [1920] A.C. 508.

[21] [1965] A.C. 75.

[22] (1831), 5 Peters 1, 30 U.S. 1.

Lorsqu'on lui a demandé qu'elle était la nature du droit que l'on faisait valoir et à l'égard duquel une déclaration était demandée, l'avocat des appelants l'a décrite comme étant [TRADUCTION] «un droit grevant le titre de la Couronne; un droit de la nature d'un usufruit; un droit tribal inaliénable, sauf à la Couronne, et pouvant s'éteindre uniquement par une disposition législative du Parlement du Canada.» Il n'est pas nécessaire de préciser la nature et l'étendue exactes du droit ou titre indien dans le présent litige. Il s'agit ici de déterminer si le droit ou titre que les Indiens ont en leur qualité d'occupants des biens-fonds depuis des temps immémoriaux a été éteint. Ils demandent une déclaration qu'il ne l'a pas été. La nature et la valeur précise de ce droit ou titre serait, bien sûr, une question essentielle dans tout litige pouvant survenir après l'extinction de ce droit ou titre à l'avenir, parce qu'en pareil cas, selon la common law, l'expropriation de droits privés par le gouvernement en vertu de la prérogative nécessite le paiement d'une indemnité: *Newcastle Breweries Ltd. v. The King*[18]. Seuls des termes exprès à cet effet dans une disposition législative autoriseraient une expropriation sans indemnisation. Cette règle a été appliquée au Canada dans l'arrêt *Montreal v. Montreal Harbour Commission*[19]. C'est un principe qui fait partie de la common law à un point tel qu'il existe même en temps de guerre, comme on l'a clairement décidé dans les arrêts *Attorney General v. DeKeyser's Royal Hotel*[20], et *Burmah Oil Co. v. Lord Advocate*[21]. La demande ne vise pas un titre de propriété en soi, mais plutôt, son objet est analogue à un titre ou droit en «equity», (voir *Cherokee Nation v. State of Georgia*[22]) à un usufruit et à un droit d'occupation de biens-fonds et de jouissance de fruits de la terre, de la forêt et de rivières et cours d'eau ne niant absolument pas le titre suprême de la Couronne reconnu par le droit des gens. Les Nishgas ne contestent pas non plus le droit qu'a la Couronne fédérale d'éteindre ce titre. Ils allè-

[18] [1920] 1 K.B. 854.

[19] [1926] A.C. 299.

[20] [1920] A.C. 508.

[21] [1965] A.C. 75.

[22] (1831), 5 Peters 1, 30 U.S. 1.

1973 CanLII 4 (SCC)

The essence of the action is that such rights as the Nishgas possessed in 1858 continue to this date. Accordingly, the declaratory judgment asked for implies that the *status quo* continues and this means that if the right is to be extinguished it must be done by specific legislation in accordance with the law.

The right to possession claimed is not prescriptive in origin because a prescriptive right presupposes a prior right in some other person or authority. Since it is admitted that the Nishgas have been in possession since time immemorial, that fact negatives that anyone ever had or claimed prior possession.

The Nishgas do not claim to be able to sell or alienate their right to possession except to the Crown. They claim the right to remain in possession themselves and to enjoy the fruits of that possession. They do not deny the right of the Crown to dispossess them but say the Crown has not done so. There is no claim for compensation in this action. The action is for a declaration without a claim for consequential relief as contemplated by British Columbia Marginal Rule 285 quoted later. However, it must be recognized that if the Nishgas succeed in establishing a right to possession, the question of compensation would remain for future determination as and when proceedings to dispossess them should be taken. British Columbia's position has been that there never was any right or title to extinguish, and alternatively, that if any such right or title did exist it was extinguished in the period between 1858 and Confederation in 1871. The respondent admits that nothing has been done since Confederation to extinguish the right or title.

guent qu'ils possèdent un droit d'occupation contre tous, sauf la Couronne, et que la Couronne n'a pas encore légalement éteint ce droit. L'essence de l'action vise à faire reconnaître que les droits que les Nishgas possédaient en 1858 se sont perpétués jusqu'à l'heure actuelle. Par conséquent, le jugement déclaratoire demandé implique le maintien du *statu quo*, et cela veut dire que si le droit doit être éteint, il faut que cela se fasse au moyen d'une disposition législative précise, en conformité du droit.

Le droit de possession revendiqué ne peut pas se prescrire, à l'origine, parce qu'un droit prescriptible présuppose un droit antérieur de quelque autre personne ou autorité. Étant donné qu'il est reconnu que les Nishgas ont possédé les biens-fonds de temps immémorial, ce fait nie la possibilité que quelque personne ait déjà eu ou revendiqué une possession antérieure.

Les Nishgas ne revendiquent pas la possibilité de vendre ou d'aliéner leur droit de possession, sauf à la Couronne. Ils revendiquent le droit de conserver la possession des biens-fonds et de jouir des fruits de ceux-ci. Ils ne nient pas le droit de la Couronne de les en déposséder, mais ils disent que la Couronne ne l'a pas encore fait. Ils ne réclament aucune indemnité dans la présente action. Il s'agit ici d'une action intentée en vue d'obtenir une déclaration judiciaire, mais on ne demande pas en plus un redressement propre à donner suite à la déclaration, comme le prévoit la règle marginale 285 de la Colombie-Britannique, citée plus loin. Toutefois, il faut reconnaître que si les Nishgas réussissent à établir un droit de possession, la question de l'indemnisation resterait à déterminer si des procédures en vue de les déposséder étaient ultérieurement engagées. La Colombie-Britannique prétend, elle, qu'il n'y a jamais eu de droit ou de titre à éteindre, et subsidiairement, que si quelque droit ou titre semblable a déjà existé, il a été éteint au cours de la période qui s'est écoulée entre 1858 et 1871, année de la Confédération. L'intimé reconnaît que depuis la Confédération, rien n'a été fait en vue d'éteindre le droit ou titre.

1973 CanLII 4 (SCC)

The appellants do challenge the authority of British Columbia to make grants in derogation of their rights, but because the grants made so far in respect of Nishga lands are so relatively insignificant the appellants have elected to ignore them while maintaining that they were *ultra vires*.

Unlike the method used to make out title in other contexts, proof of the Indian title or interest is to be made out as a matter of fact. In *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*[23], Lord Haldane said at pp. 402 to 404:

> Their Lordships make the preliminary observation that in interpreting the native title to land, not only in Southern Nigeria, but other parts of the British Empire, much caution is essential. *There is a tendency, operating at times unconsciously, to render that title conceptually in terms which are appropriate only to systems which have grown up under English law. But this tendency has to be held in check closely.* As a rule, in the various systems of native jurisprudence throughout the Empire, there is no such full division between property and possession as English lawyers are familiar with. *A very usual form of native title is that of a usufructuary right, which is a mere qualification of or burden on the radical or final title of the Sovereign where that exists. In such cases the title of the Sovereign is a pure legal estate, to which beneficial rights may or may not be attached.* But this estate is qualified by a right of beneficial user which may not assume definite forms analogous to estates, or may, where it has assumed these, have derived them from the intrusion of the mere analogy of English jurisprudence. Their Lordships have elsewhere explained principles of this kind in connection with the Indian title to reserve lands in Canada. (*St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1889), 14 App. Cas. 46.) But the Indian title in Canada affords by no means the only illustration of the necessity for getting rid of the assumption that the ownership of land naturally breaks itself up into estates, conceived as creatures of inherent legal principle. Even where an estate in fee is definitely recognized as the most comprehensive estate in land which the law recognizes, it does not follow that outside England it admits of being broken up. In Scotland a life estate

[23] [1921] 2 A.C. 399.

Les appelants contestent le pouvoir de la Colombie-Britannique d'accorder des concessions en dépit de leurs droits, mais, étant donné que les concessions accordées jusqu'à maintenant sur les terres Nishga sont d'importance relativement minime, les appelants ont décidé de n'en pas tenir compte tout en soutenant qu'elles sont *ultra vires*.

Contrairement à la méthode utilisée en d'autres contextes en vue de déterminer s'il existe un titre, il faut prouver l'existence du titre ou droit des Indiens en se fondant sur des faits. Dans l'arrêt *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*[23], Lord Haldane a dit, pp. 402 à 404:

> [TRADUCTION] En premier lieu, Leurs Seigneuries veulent faire remarquer qu'en déterminant la nature du titre des indigènes sur des biens-fonds non seulement au Nigéria du sud, mais en d'autres parties de l'Empire britannique, il est essentiel de se montrer extrêmement prudent. *On a tendance, parfois inconsciemment, à concevoir ce titre selon des termes ne s'appliquant bien qu'aux systèmes fondés sur le droit anglais. Mais il faut contrôler étroitement cette tendance.* Règle générale, dans les divers systèmes de droit aborigène à travers l'Empire on ne retrouve pas la distinction complète qui existe entre la propriété et la possession et avec laquelle les avocats anglais sont familiers. *Une forme très habituelle de titre chez les aborigènes est l'usufruit, simple restriction ou charge sur le titre radical ou final du Souverain, le cas échéant. Le titre du Souverain n'est alors qu'un pur intérêt juridique, auquel peuvent se joindre ou non des droits de propriété réels.* Mais cet intérêt est restreint par le droit de l'usager bénéficiaire, lequel ne prend pas nécessairement une forme précise analogue à un droit de propriété ou peut, lorsqu'il prend pareille forme, découler de l'introduction de la jurisprudence anglaise par simple analogie. Leurs Seigneuries ont déjà énoncé ailleurs des principes de ce genre, relativement au titre que les Indiens ont sur les réserves canadiennes. (*St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1889), 14 App. Cas. 46.) Mais le titre des Indiens du Canada ne constitue aucunement le seul exemple de la nécessité de se débarrasser de la présomption que la propriété immobilière se subdivise naturellement en droits distincts, conçus comme créés en vertu de principes juridiques inhérents. Même lorsque le droit de propriété absolue

[23] [1921] 2 A.C. 399.

1973 CanLII 4 (SCC)

imports no freehold title, but is simply in contemplation of Scottish law a burden on a right of full property that cannot be split up. In India much the same principle applies. The division of the fee into successive and independent incorporeal rights of property conceived as existing separately from the possession is unknown. In India, as in Southern Nigeria, there is yet another feature of the fundamental nature of the title to land which must be borne in mind. The title, such as it is, may not be that of the individual, as in this country it nearly always is in some form, but may be that of a community. Such a community may have the possessory title to the common enjoyment of a usufruct, with customs under which its individual members are admitted to enjoyment, and even to a right of transmitting the individual enjoyment as members by assignment inter vivos or by succession. To ascertain how far this latter development of right has progressed involves the study of the history of the particular community and its usages in each case. Abstract principles fashioned a priori are of but little assistance, and are as often as not misleading.

(Emphasis added.)

The appellant Calder who is a member of the Legislature of British Columbia testified as follows:

Q. Are you on the band list?
A. I am.

Q. Would you tell his lordship where you were born?
A. I was born in Naas Bay, near the mouth of the Naas River.

Q. Where were you raised?
A. I was raised at Naas Bay and mostly at Greenville.

Q. Were your parents members of the Greenville Indian Band?
A. Yes they are.

Q. Going back beyond your own parents, are you able to say whether your forefathers lived on the Naas River?
A. Yes, they did.

Q. Now, Mr. Calder, are you a member of the Nishga Tribe?

est clairement reconnu comme étant de droit immobilier le plus complet en droit, il ne s'ensuit pas qu'en dehors de l'Angleterre, il puisse se fractionner. En Écosse, le fait de détenir un bien en viager ne comporte aucun titre de franche propriété; selon le droit écossais, il s'agit simplement d'une charge sur un droit de pleine propriété ne pouvant pas se diviser. En Inde, un principe à peu près identique s'applique. Il n'existe aucune division du droit de propriété en droits incorporels de propriété successifs et distincts, conçus comme existant indépendamment de la possession. En Inde, comme au sud du Nigéria, il faut avoir à l'esprit un autre aspect de la nature fondamentale du titre immobilier. Le titre même peut ne pas appartenir au particulier, contrairement à ce qui est presque toujours le cas dans notre pays, d'une façon ou d'une autre, mais peut appartenir plutôt à une collectivité. Pareille collectivité peut détenir un titre possessionnel à la jouissance commune d'un usufruit, et par certaines de ses coutumes accorder en même temps à chacun de ses membres la jouissance du bien-fonds, et même le droit de transmettre cette jouissance par cession entre vifs ou succession. Pour voir jusqu'à quel point ce droit a évolué, il faut dans chaque cas étudier l'histoire de la collectivité en question, ainsi que ses usages. Les principes abstraits établis *a priori* sont peu utilisés et sont plus souvent qu'autrement trompeurs.

(J'ai mis des mots en italique.)

L'appelant Calder, membre de la législature de la Colombie-Britannique, a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] Q. Êtes-vous sur la liste de bande?
R. Oui.

Q. Pouvez-vous dire à Sa Seigneurie où vous êtes né?
R. Je suis né à la baie Naas, près de l'embouchure de la Naas.

Q. Où avez-vous été élevé?
R. J'ai été élevé à la baie Naas, et surtout à Greenville.

Q. Vos parents étaient-ils membres de la bande des Indiens de Greenville?
R. Oui, ils le sont.

Q. Si l'on remonte à vos ascendants, pouvez-vous dire si vos ancêtres vivaient sur la Naas?

R. Oui, ils vivaient à cet endroit.

Q. Êtes-vous membre de la tribu des Nishgas?

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

A. Yes, I am.

Q. What Indians compose the Nishga Tribe?

A. The Nishga Indians that live in the four inlets of the Naas River.

Q. What are the names of the four Indians?

A. Kincolith.

Q. Kincolith?

A. That's correct, Greenville, Canyon City and Aiyansh.

Q. Can you tell his lordship, Mr. Calder, whether all of the Indians who live in the four communities on the Naas River are members of the Nishga Tribe?

A. Yes, they are members of the Nishga Tribe.

Q. Do you include not only the men and women but the children as well?

A. Yes.

Q. What language do the members of the Nishga Tribe speak?

A. They speak Nishga, known as Nishga today.

Q. Is that language related to any other languages that are spoken on the North Pacific Coast?

A. It is not the exact—our neighbouring two tribes, we more or less understand each other, but Nishga itself is in the Naas River, and there is no other neighbouring tribe that has that language.

Q. What are the names of the two neighbouring tribes who have a limited understanding of your language?

A. Gitskan and Tsimshian.

Q. Do you regard yourself as a member of the Nishga Tribe?

A. Yes, I do.

Q. Do you know if the Indian people who are members of the four Indian bands on the Naas River regard themselves as members of the Nishga Tribe?

A. Yes, they do.

Q. Apart from their language, do they share anything else in common?

A. Besides the language they share our whole way of life.

. . . . .

R. Oui, je le suis.

Q. De quels Indiens se compose la tribu des Nishgas?

R. Des Indiens nishga qui habitent les quatre anses de la Naas.

Q. Quels sont les noms des quatre?

R. Kincolith.

Q. Kincolith?

R. C'est exact, Greenville, Canyon City et Aiyansh.

Q. Pouvez-vous dire à Sa Seigneurie, monsieur, si tous les Indiens qui habitent les quatre agglomérations situées sur la Naas sont membres de la tribu des Nishgas?

R. Oui, ils le sont.

Q. Voulez-vous dire non seulement les adultes, de sexe masculin ou féminin, mais également les enfants?

R. Oui.

Q. Quelle langue les membres de la tribu des Nishgas parlent-ils?

R. Ils parlent le nishga, connu à l'heure actuelle, sous le nom de langue nishga.

Q. Cette langue s'apparente-t-elle à quelque autre langue de la côte nord du Pacifique?

R. Ce n'est pas tout à fait—les deux tribus voisines, nous nous comprenons plus ou moins, mais le nishga lui-même se parle sur la Naas, et aucune autre tribu voisine ne parle cette langue.

Q. Quels sont les noms des deux tribus voisines qui comprennent un peu votre langue?

R. Gitskan et Tsimshian.

Q. Considérez-vous que vous faites partie de la tribu des Nishgas?

R. Oui.

Q. Savez-vous si les Indiens qui sont membres des quatre bandes indiennes de la Naas considèrent qu'ils font partie de la tribu des Nishgas?

R. Oui, ils se considèrent tels.

Q. Indépendamment de leur langue, ont-ils autre chose en commun?

R. A part la langue, ils ont exactement le même mode de vie.

. . . . .

Q. Now, Mr. Calder, I am showing you exhibit 2, which is a map Mr. Brown and I have agreed upon. Does the territory outlined in the map constitute the ancient territory of the Nishga people?
A. Yes, it does.

Q. Have the Nishga people, Mr. Calder, ever surrendered their aboriginal title to the land in exhibit 2?
A. They have not.

THE COURT: Isn't that what I have to decide?

MR. BERGER: I don't think the—

MR. BROWN: My friend can ask him what he knows. I think your lordship has summed it up correctly.

THE COURT: That earlier question you phrased, would you repeat it please?

MR. BERGER: The ancient territory of the Nishga people.

THE COURT: Your next question was objected to.

MR. BROWN: I don't object to it, if my friend is using his question in the sense of have there been documents or treaties under which they have surrendered some right. That is a legitimate fact, I think; I withdraw my objection to that extent.

MR. BERGER:

Q. You have told the court you were born and raised in the Naas Valley and you were a member of the Nishga Tribe. Are you in fact the President of the Nishga Tribal Council?

A. I am the elected President.

Q. Have you been President of the Nishga Tribal Council since 1955?
A. Yes, since its formation. I have been elected annually as President of the Council, yes.

Q. Are you acquainted with the territory outlined in the map, exhibit 2?
A. Yes.

Q. Have the Nishga people ever signed any document or treaty surrendering their aboriginal title to the territory outlined in the map, exhibit 2?
A. The Nishgas have not signed any treaty or any document that would indicate extinguishment of the title.

Gosnell, Chief Councillor of the Gitlakdamix band, said:

Q. Et maintenant, monsieur Calder, je vais vous montrer la pièce 2, un plan que Me Brown et moi-même avons reconnu. Le territoire indiqué sur le plan constitue-t-il l'ancien territoire des Nishgas?
R. Oui.

Q. Les Nishgas ont-ils abandonné leur titre aborigène sur le bien-fonds indiqué dans la pièce 2?

R. Non.

LA COUR: N'est-ce pas là ce sur quoi je dois me prononcer?

Me BERGER: Je ne crois pas que—

Me BROWN: Mon collègue peut lui demander ce qu'il sait. Je crois que la remarque de Votre Seigneurie est juste.

LA COUR: Pourriez-vous répéter la question antérieure s.v.p.?

Me BERGER: L'ancien territoire des Nishgas.

LA COUR: On s'est opposé à la question suivante.

Me BROWN: Je ne m'y oppose pas, si mon collègue utilise cette question pour déterminer s'il y a eu des documents ou des traités en vertu desquels ils ont abandonné quelque droit. C'est là une question légitime, à mon sens; je retire mon objection dans cette mesure.

Me BERGER:

Q. Vous avez dit à la Cour que vous étiez né et aviez été élevé dans la vallée de la Naas et que vous êtes membre de la tribu des Nishgas. Êtes-vous de fait président du conseil tribal des Nishgas?
R. J'ai été élu président.

Q. Êtes-vous président du conseil tribal des Nishgas depuis 1955?
R. Oui, depuis sa formation. J'ai été élu annuellement président du conseil, oui.

Q. Connaissez-vous le territoire indiqué sur le plan, pièce 2?
R. Oui.

Q. Les Nishgas ont-ils déjà signé quelque document ou traité abandonnant leur titre aborigène sur le territoire indiqué sur le plan, pièce 2?
R. Les Nishgas n'ont signé aucun traité ni aucun document indiquant que leur titre est éteint.

Monsieur Gosnell, premier conseiller de la bande Gitlakdamix, a témoigné comme suit:

1973 CanLII 4 (SCC)

Q. Mr. Gosnell, have the Nishga people ever signed any treaty or document giving up their Indian title to the lands and the waters comprised in the area delineated on the map Exhibit 2 which I am showing you?

A. No.

MR. BROWN: I think I can save my friend some trouble, I think the Attorney-General is prepared to say while denying there is such a thing as an Indian title in the area, that the inhabitants never did give up or purport to give up that right.

The witnesses McKay, Nyce and Robinson confirmed the evidence of Calder and Gosnell.

W. E. Ireland, Archivist for British Columbia, produced the private papers of Governor Douglas as well as despatches between the Secretary of State for the Colonies and Governor Douglas and many other historic documents, including the Nishga petition to the Privy Council in 1913. There were received in evidence extracts from testimony given at hearings of two Royal Commissions, the first being in 1888 when David MacKay, speaking for the Nishgas, said in part:

David Mackay—what we don't like about the Government is their saying this: "We will give you this much land". How can they give it when it is our own? We cannot understand it. They have never bought it from us or our forefathers. They have never fought and conquered our people and taken the land in that way, and yet they say now that they will give us so much land—our own land. These chiefs do not talk foolishly, they know the land is their own; our forefathers for generations and generations past had their land here all around us; chiefs have had their own hunting grounds, their salmon streams, and places where they got their berries; it has always been so. It is not only during the last four or five years that we have seen the land; we have always seen and owned it; it is no new thing, it has been ours for generations. If we had only seen it for twenty years and claimed it as our own, it would have been foolish, but it has been ours for thousands of years. If any strange person came here and saw the land for twenty years and claimed it, he would be foolish. We have always got our living from the land; we are not like white

[TRADUCTION] Q. Le peuple nishga a-t-il déjà signé quelque traité ou document abandonnant son titre indien sur les terres et cours d'eau compris dans la région délimitée sur le plan, pièce 2, que voici?

R. Non.

Me BROWN: Je crois que je peux épargner certaines démarches à mon collègue, je crois que le procureur général est disposé à dire, tout en niant qu'il existe un titre indien sur la région, que les habitants n'ont jamais abandonné ou prétendu abandonner ce droit.

Les témoins McKay, Nyce et Robinson ont confirmé les témoignages de Calder et de Gosnell.

Monsieur W. E. Ireland, archiviste de la province de la Colombie-Britannique, a produit certains documents personnels du Gouverneur Douglas ainsi que des missives entre le secrétaire d'État pour les Colonies et le Gouverneur Douglas, de même que de nombreux autres documents historiques, y compris la pétition adressée par les Nishgas au Conseil privé en 1913. On a versé au dossier des extraits de témoignages donnés lors des auditions de deux commissions royales, la première remontant à 1888 lorsque David Mackay, parlant au nom des Nishgas, a dit entre autres ce qui suit:

[TRADUCTION] David Mackay—voilà ce que nous n'aimons pas à propos du gouvernement, il dit: «Nous vous donnerons des terres de telle superficie». Comment peuvent-ils nous les donner puisqu'elles nous appartiennent? Nous ne pouvons pas le comprendre. Ils ne les ont jamais achetées de nous ou de nos ancêtres. Ils n'ont jamais combattu et conquis notre peuple et pris les terres de cette façon, et malgré tout, ils disent maintenant qu'ils nous donneront des terres de telle superficie, nos propres terres. Ces chefs ne parlent pas à l'aveuglette, ils savent que les terres leur appartiennent; nos ancêtres ont possédé les terres de toute cette région depuis des générations; les chefs avaient leurs propres terrains de chasse, leurs pêches de saumon, et leurs cueillettes de fruits; il en a toujours été ainsi. Ce n'est pas uniquement au cours des quatre ou cinq dernières années que nous connaissons ces terres; nous les connaissons depuis toujours et elles nous ont toujours appartenu; ce n'est là rien de nouveau, elles nous appartiennent depuis plusieurs générations. Si nous ne les connaissions que depuis vingt ans et que nous les réclamions, cela

1973 CanLII 4 (SCC)

people who live in towns and have their stores and other business, getting their living in that way, but we have always depended on the land for our food and clothes; we get our salmon, berries, and furs from the land.

At the second Royal Commission hearing in 1915 (the McKenna-McBride Commission), Gideon Minesque for the Nishgas said:

We haven't got any ill feelings in our hearts but we are just waiting for this thing to be settled and we have been waiting for the last five years—we have been living here from time immemorial—it has been handed down in legends from the old people and that is what hurts us very much because the white people have come along and taken this land away from us. I myself am an old man and as long as I have lived, my people have been telling me stories about the flood and they did not tell me that I was only to live here on this land for a short time. We have heard that some white men, it must have been in Ottawa; this white man said that they must be dreaming when they say they own the land upon which they live. It is not a dream—we are certain that this land belongs to us. Right up to this day the government never made any treaty, not even to our grandfathers or our great-grandfathers.

Wilson Duff, associate professor of anthropology at the University of British Columbia, testified as to the nature of the Nishga civilization and culture in great detail. The trial judge said of this witness and of Dr. Ireland: "Drs. Ireland and Duff are scholars of renown, and authors in the field of Indian history, and records", and on the question of credibility, he said:

I find that all witnesses gave their respective testimony as to facts, opinions, and historical and other documents, with total integrity. Thus there is no issue of credibility as to the witnesses in this case, and an appellate court, with transcript and exhibits in hand,

n'aurait aucun sens, mais elles nous appartiennent depuis des milliers d'années. Si quelque étranger venait ici et ne connaissait ces terres que depuis vingt ans et les réclamait, cela n'aurait aucun sens. Nous avons toujours vécu de ces terres; nous ne sommes pas comme les Blancs qui vivent dans les villes et ont leurs magasins et d'autres commerces, et vivent de cette façon; nous avons toujours été à la merci des terres pour nous nourrir et nous habiller; ce sont ces terres qui nous fournissent les saumons, fruits, et fourrures nécessaires.

A l'audition de la seconde Commission royale en 1915 (la Commission McKenna-McBride), Gideon Minesque, de la tribu des Nishgas, a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun ressentiment, mais nous attendons uniquement que cette question soit réglée et cela, depuis les derniers cinq ans—nous avons vécu ici de temps immémorial—d'après les légendes, ces terres nous ont été transmises par nos ancêtres, et c'est ce qui nous blesse énormément, parce que les Blancs sont venus et nous ont enlevé ces terres. Je suis moi-même un vieil homme, et tout le temps que j'ai vécu, mon peuple m'a parlé de la crue des eaux, il ne m'a pas dit que je devais vivre ici, sur ces terres, quelque temps seulement. On nous a dit que certains Blancs, cela doit s'être passé à Ottawa; un Blanc a dit qu'ils doivent rêver lorsqu'ils disent que les terres sur lesquelles ils vivent leur appartiennent. Ce n'est pas un rêve—nous sommes certains que ces terres nous appartiennent. Jusqu'à maintenant, le gouvernement n'a conclu aucun traité, pas même avec nos grands-parents ou nos arrière-grands-parents.

Wilson Duff, professeur adjoint d'anthropologie de l'Université de la Colombie-Britannique, a témoigné longuement au sujet de la nature de la civilisation et de la culture nishgas. Le juge de première instance a dit ce qui suit au sujet de ce témoin et au sujet du docteur Ireland: [TRADUCTION] «Les docteurs Ireland et Duff sont des intellectuels reconnus, ils ont rédigé des écrits ayant trait à l'histoire indienne, et des dossiers». Quant à la question de la crédibilité, il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Je conclus que tous les témoins ont respectivement déposé, relativement aux faits, opinions, et documents historiques ou autres, avec une intégrité complète. Par conséquent, aucune question ne se pose au sujet de la crédibilité des témoins en la

1973 CanLII 4 (SCC)

would be under no comparative disadvantage in evaluating the evidence from not having heard the witnesses in personam.

Dr. Duff is the author of vol. I of *The Indian History of British Columbia* published by the Government of British Columbia and admitted in evidence as ex. 25. Dr. Duff testified as follows, quoting from ex. 25 and related quotations applicable to the Nishgas:

Q. Did you, Professor Duff, in fact prepare for counsel the map that has been marked Exhibit 2 in this case?

A. Yes, I did.

Q. Are you familiar with the anthropological history of the Indian people who inhabited the area delineated in the map and the surrounding areas?

A. Yes, I am.

Q. Who has, since time immemorial, inhabited the area delineated on the map?

A. The Nishga Indians.

Q. Can you tell the Court what position the Indians in the areas adjacent to that delineated on the map took regarding the occupancy of the Nishga Tribe of that area?

A. All of the surrounding tribes knew the Nishga as the homogeneous group of Indians occupying the area delineated on the map. They knew of them collectively under the term Nishga. They knew that they spoke their own dialect, that they occupied and were owners of that territory and they respected these tribal boundaries of the territory.

Q. By the tribal boundaries do you mean the boundaries delineated on the map?

A. Yes.

. . . . .

Q. Now, are you able to tell the Court whether the Nishga Tribe made use of the land and the waters delineated on the map beyond the limits of the reserve that appear on this map in the McKenna-McBride report?

A. Yes.

présente espèce; une cour d'appel ayant à sa disposition les transcriptions et pièces ne serait comparativement pas dans une situation plus désavantageuse en ce qui concerne une appréciation de la preuve, même si elle n'a pas entendu personnellement les témoins.

Le docteur Duff est l'auteur du volume I de l'ouvrage intitulé *Indian History of British Columbia*, publié par le gouvernement de la Colombie-Britannique et versé comme pièce 25. Se fondant sur la pièce 25 et sur des citations connexes applicables aux Nishgas, le docteur Duff a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] Q. Professeur, avez-vous de fait dressé, pour le bénéfice des avocats, le plan versé comme pièce 2 en la présente espèce?

R. Oui.

Q. Connaissez-vous l'histoire anthropologique des peuples indiens qui habitaient la région délimitée sur le plan et les régions voisines?

R. Oui.

Q. Qui a habité la région délimitée sur le plan de temps immémorial?

R. Les Nishgas.

Q. Pouvez-vous dire à la Cour quelle position ont pris les Indiens des régions adjacentes à celle qui est délimitée sur le plan, relativement à l'occupation de cette région par la tribu des Nishgas?

R. Toutes les tribus voisines savaient que les Nishgas formaient le groupe homogène d'Indiens occupant la région délimitée sur le plan. Ils les connaissaient collectivement sous le nom de Nishgas. Ils savaient qu'ils parlaient leur propre dialecte, qu'ils occupaient ce territoire et qu'ils en étaient propriétaires et ils respectaient les limites tribales du territoire.

Q. Par limites tribales, voulez-vous dire les limites indiquées sur le plan?

R. Oui.

. . . . .

Q. Pouvez-vous dire à la Cour si la tribu des Nishgas utilisait les terres et cours d'eau indiqués sur le plan, au-delà des limites de la réserve figurant sur ce plan dans le rapport McKenna-McBride?

R. Oui.

1973 CanLII 4 (SCC)

Q. Is there any significance to the location of the reserves on the Portland Canal and Observatory Inlet and the Nass River?

A. Yes, I think that I can say that in many cases these small reserves were located, for example, on the Portland Canal at the mouth of the tributary stream, at the mouth of a valley. The reserve is a small piece of land at the mouth of the stream which, to a degree, protects the Indian fishing rights to the stream.

Q. Now, prior to the establishment of these reserves what use would the Indian people have made of the areas which flow into the mouths of the streams and rivers?

A. The general pattern in these cases would be that the ownership of the mouth of the stream and the seasonal villages, or habitations that were built there, signify the ownership and use of the entire valley. It would be used as a fishing site itself and a fishing site on the river, but in addition to that the people who made use of this area would have the right to go up the valley for berry picking up on the slopes, for hunting and trapping in the valley and up to forest slopes, usually for the hunting of mountain goats. In other words they made use, more or less intensive use of the entire valley rather than just the point at the mouth of the stream.

Q. So that in the case of each of those Indian Reserves situated at the mouth of a stream use would have been made by the Indians—

MR. BROWN: Oh, would my friend not lead quite so much.

MR. BERGER: No, I won't. I won't pursue that matter, anyway.

Q. Now, in your book which has been marked as an exhibit you say on page 8:

> "At the time of contact the Indians of this area were among the world's most distinctive peoples. Fully one-third of the native population of Canada lived here. They were concentrated most heavily along the coastline and the main western rivers, and in these areas they developed their cultures to higher peaks, in many respects, than in any other part of the continent north of Mexico. Here, too, was the greatest linguistic diversity in the country, with two dozen languages spoken, belonging

Q. La situation des réserves sur le canal Portland, dans l'Observatory Inlet et sur la Naas a-t-elle une importance quelconque?

R. Oui, je crois pouvoir dire que souvent, ces petites réserves étaient situées, par exemple, sur le canal Portland, à l'embouchure de l'affluent, d'une vallée. La réserve est une petite partie de terrain à l'embouchure du cours d'eau qui, dans une certaine mesure, protège les droits de pêche indiens sur le cours d'eau.

Q. Avant l'établissement de ces réserves, comment les peuples indiens utilisaient-ils les régions voisines des embouchures des cours d'eau et rivières?

R. Règle générale, dans ce cas, le fait qu'ils étaient propriétaires de l'embouchure du cours d'eau et des villages saisonniers ou des habitations construites à cet endroit, voulait dire qu'ils avaient la propriété et l'usage de la vallée. On s'en servait comme endroit de pêche, c'était un endroit de pêche sur la rivière, mais de plus, les Indiens qui utilisaient cette région avaient le droit de remonter le cours d'eau pour cueillir des petits fruits sur les collines; pour chasser et piéger dans la vallée et jusque sur les pentes boisées, généralement pour la chasse aux chèvres de montagne. En d'autres termes, ils utilisaient d'une façon plus ou moins intense la vallée entière plutôt que l'emplacement situé à l'embouchure du cours d'eau.

Q. De sorte que dans chaque cas, en ce qui concerne les réserves indiennes situées à l'embouchure d'un cours d'eau, les Indiens auraient utilisé—

Me BROWN: Mon collègue aurait-il l'obligeance de ne pas poser autant de questions suggestives?

Me BERGER: D'accord. De toute façon, je ne poursuivrai pas sur cette veine.

Q. Dans votre ouvrage, versé comme pièce, vous dites, page 8:

> [TRADUCTION] «A l'époque du contact, les Indiens de cette région faisaient partie des peuples les plus typiques du monde. Un bon tiers de la population aborigène du Canada vivait ici. Il y avait une concentration plus importante le long de la côte et des principales rivières de l'Ouest; dans ces régions, leurs cultures ont évolué à un degré supérieur, à plusieurs égards, à celui de toute autre partie du continent, au nord du Mexique. Ici également, on retrouvait la diversité linguistique la

1973 CanLII 4 (SCC)

to seven of the eleven language families represented in Canada. The coastal tribes were, in some ways, different from all other American Indians. Their languages, true enough, were members of American families, and physically they were American Indians, though with decided traits of similarity to the peoples of Northeastern Asia. Their cultures, however, had a pronounced Asiatic tinge, evidence of basic kinship and long continued contact with the peoples around the North Pacific rim. Most of all, their cultures were distinguished by a local richness and originality, the product of vigorous and inventive people in a rich environment."

Would that paragraph apply to the people who inhabited the area delineated on the map, Exhibit 2?

A. Yes.

Q. The next paragraph reads:

"It is not correct to say that the Indians did not own the land but only roamed over the face of it and used it. The patterns of ownership and utilization which they imposed upon the lands and waters were different from those recognized by our system of law, but were nonetheless clearly defined and mutually respected. Even if they didn't subdivide and cultivate the land, they did recognize ownership of plots used for village sites, fishing places, berry and root patches, and similar purposes. Even if they didn't subject the forest to wholesale logging, they did establish ownership of tracts used for hunting, trapping and food gathering. Even if they didn't sink mine shafts into the mountains, they did own peaks and valleys for mountain goat hunting and as sources of raw materials. Except for barren and inaccessible areas which are not utilized even today, every part of the province was formerly within the owned and recognized territory of one or other of the Indian Tribes."

plus importante du pays, deux douzaines de langues étaient parlées, elles appartenaient à sept des onze familles de langues parlées au Canada. A certains égards, les tribus de la côte différaient de tous les autres Indiens américains. Il est vrai que leurs langues faisaient partie des familles de langues américaines; physiquement, il s'agissait d'Indiens américains, malgré certains traits précis de similitude avec les peuples de l'Asie du nord-est. Toutefois, leurs cultures avaient une teinte asiatique prononcée, preuve d'une relation fondamentale et d'un contact prolongé avec les peuples vivant le long des côtes du nord de l'océan Pacifique. Leurs cultures se distinguent surtout par une richesse et une originalité locale, produit d'un peuple vigoureux et inventif habitant un environnement riche.»

Cet alinéa s'appliquerait-il au peuple habitant la région délimitée sur le plan, pièce 2?

R. Oui.

Q. L'alinéa suivant se lit comme suit:

[TRADUCTION] «Il n'est pas exact de dire que les Indiens n'étaient pas propriétaires des terres mais y erraient en nomades tout en les utilisant. Les systèmes de propriété et d'utilisation qu'ils imposaient sur les terres et cours d'eau étaient différents de ceux qui sont connus par notre système de droit, mais ils étaient néanmoins clairement définis et mutuellement respectés. Même s'ils n'ont pas subdivisé les terres et ne les ont pas cultivées, ils reconnaissaient la propriété des parcelles utilisées comme emplacements de village, endroits de pêche, de cueillette de petits fruits et de racines, et à d'autres fins semblables. Même s'ils n'ont pas abattu les forêts, ils ont établi la propriété des parcelles utilisées pour la chasse, la chasse au piège et la cueillette. Même s'ils n'ont creusé aucun puits de mine dans les montagnes, ils étaient propriétaires des pics et vallées aux fins de la chasse aux chèvres de montagne et de l'obtention de matières premières. A l'exception de régions arides et inacessibles non encore utilisées, chaque partie de la province se trouvait auparavant dans les limites du territoire appartenant à l'une ou l'autre des tribus indiennes et reconnu comme tel.»

1973 CanLII (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

Does that paragraph apply to the people who inhabited the area delineated on the map, Exhibit 2?

A. Yes, it does.

Q. Does it apply to the Nishga Tribe?

A. Yes, it does.

Q. Now, you have said that the paragraph that I have just read to you applies to the Nishga Tribe. Can you tell his lordship the extent of the use to which the Nishgas have put the lands and waters in the area delineated on Exhibit 2 and how intensive that use was?

A. This could be quite a long statement.

Q. Well, I think we can live with it.

A. And much of it has already been said. However, the territories in general were recognized by the people themselves and by other tribes as the territory of the Nishga Tribe. Certain of these territories were used in common for certain purposes, for example, obtaining of logs and timber for houses, and canoes, totem poles, and the other parts of the culture that were made of wood, like the dishes and the boxes and masks, and a great variety of other things, and the obtainment of bark, which was made into forms of cloth and mats and ceremonial gear. These would tend to be used in common.

Other areas weren't tribal territories, would be allotted or owned by family groups of the tribe and these would be used, different parts, with different degrees of intensity. For example, the beaches where the shell fish were gathered would be intensively used. The salmon streams would be most intensively used, sometimes at different times of the year, because different kinds of salmon can run at different times of the year.

The lower parts of the valley where hunting and trapping were done would be intensively used, not just for food and the hides and skins and bone and horn material that was used by the Indian culture, but for furs of different kinds of large and small animals which were either used by the Indians or traded by them.

Cet alinéa s'applique-t-il au peuple habitant la région délimitée sur le plan, pièce 2?

R. Oui.

Q. S'applique-t-il à la tribu des Nishgas?

R. Oui.

Q. Vous avez mentionné que l'alinéa que je viens de lire s'applique à la tribu des Nishgas. Pouvez-vous expliquer à Sa Seigneurie jusqu'à quel point les Nishgas ont utilisé les terres et cours d'eau de la région délimitée sur la pièce 2 et quelle était l'intensité de cette utilisation?

R. C'est là une explication passablement longue.

Q. Je crois que nous nous y soumettrons.

R. J'en ai dit déjà beaucoup à ce sujet. Toutefois, en général, les territoires étaient reconnus par les gens eux-mêmes et par d'autres tribus comme étant le territoire de la tribu des Nishgas. Certains de ces territoires étaient utilisés en commun à certaines fins, par exemple, l'obtention de bûches et de bois destinés à la construction d'habitations, de canots, de totems, et d'autres articles de culture indigène fabriqués avec du bois, comme les bols, les boîtes et les masques, et un grand nombre d'autres objets, ainsi que l'obtention de l'écorce, avec quoi l'on fabriquait des vêtements, des paillasses et des parures cérémoniales. Ces territoires étaient généralement utilisés en commun.

D'autres régions ne faisaient pas partie des territoires tribaux, elles étaient allouées à des groupes familiaux de la tribu, auxquels elles pouvaient appartenir, et elles étaient utilisées selon le cas plus ou moins intensément. Par exemple, les plages où se ramassaient les coquillages étaient intensément utilisées. Les cours d'eau à saumons étaient les plus utilisés, quelquefois à différentes époques de l'année, parce que différents genres de saumons peuvent s'y trouver à différentes époques de l'année.

Les régions inférieures de la vallée où l'on s'adonnait à la chasse et à la chasse au piège étaient intensément utilisées, non seulement pour se procurer des aliments et les cuirs, peaux, os et cornes utilisés dans la culture indienne, mais également pour se procurer divers genres de fourrures, provenant d'animaux gros ou petits, lesquelles étaient soit utilisées par les Indiens soit échangées par ceux-ci.

These people were great traders and they exploited their territories to a great degree for materials to trade to other Indians and later to the white man.

The farther slopes up the valleys, many of them would be good mountain goat hunting areas. This was an important animal for hunting. Other slopes would be good places for trapping of marmots, the marmot being equally important, and there are a great number of lesser resources, things like minerals of certain kinds for tools and lichen and mosses of certain kinds that were made into dyes. It becomes a very long list.

Q. Go ahead.

A. Now, in addition to this, the waterways were used for the hunting of sea animals as well as fishing of different kinds. They were used also as highways, routes of travel for trade amongst themselves and for their annual migration from winter to summer villages, and a great variety of minor resources from water, like shell fish of different kinds, fish eggs, herring eggs—there is a great list of such minor resources in addition.

Q. To what extent would the use and exploitation of the resources of the Nishga territory have extended in terms of that territory? Would it have extended only through a limited part of the territory or through the whole territory?

A. To a greater or lesser degree of intensity it would extend through a whole territory except for the most barren and inaccessible parts, which were not used or wanted by anyone. But the ownership of an entire drainage basin marked out by the mountain peaks would be recognized as resting within one or other groups of Nishga Indians and these boundaries, this ownership would be respected by others.

Q. Now, can you make any comparison between the area that is represented by the Indian Reserves in the map, in the third volume of the McKenna-McBride Report; can you make any comparison between that area represented by those reserves and the area of the whole Nishga territory that was used and exploited by the Nishgas before their confinement to reserves?

Ces peuples étaient de grands commerçants et ils exploitaient leurs territoires dans une grande mesure en vue de se procurer du matériel destiné aux échanges avec d'autres Indiens, puis avec l'Homme blanc.

Quant aux collines surplombant les vallées, plusieurs d'entre elles étaient de bonnes régions de chasse à la chèvre de montagne. Cet animal était abondamment chassé. D'autres collines étaient propices à la prise au piège des marmottes, la marmotte étant également abondamment chassée, il y avait un grand nombre de ressources d'importance moindre, tels que certains genres de minéraux destinés à la fabrication d'outils ainsi que le lichen et certains genres de mousses servant à la teinture. La liste devient très longue.

Q. Continuez.

R. De plus, les cours d'eau étaient utilisés aux fins de la chasse aux animaux de mer ainsi que pour différents genres de pêche. Ils étaient utilisés également comme voies ou comme routes commerciales et pour la migration annuelle des villages d'hiver aux villages d'été, et comme source d'une grande variété de ressources aquatiques de moindre importance, tels différents genres de fruits de mers, les œufs de poissons, les œufs de harengs—la liste de pareilles ressources de moindre importance est longue.

Q. Jusqu'à quel point l'utilisation et l'exploitation des ressources des territoires des Nishgas s'est-elle propagée, géographiquement parlant? S'est-elle uniquement propagée sur une partie restreinte du territoire ou partout sur celui-ci?

R. Dans une certaine mesure, elle s'est propagée dans l'ensemble du territoire, compte non tenu des régions arides et inaccessibles, que personne n'utilisait ou ne réclamait. Mais il était reconnu que la propriété de l'ensemble d'un bassin de drainage délimité par les pics montagneux allait à l'un ou à l'autre groupe des Nishgas et ces limites, cette propriété étaient respectées par les autres.

Q. Pouvez-vous établir quelque comparaison entre la région représentée par les réserves indiennes sur le plan, troisième volume du rapport McKenna-McBride; pouvez-vous établir quelque comparaison entre cette région représentée par ces réserves et la région englobant l'ensemble du territoire des Nishgas, utilisé et exploité par les Nishgas avant qu'ils soient renfermés dans des réserves?

1973 CanLII (SCC)

A. Well, I think the comparison is simply here, and these are several tiny plots of land, whereas on the map the entire tract was used for some purpose or other with some greater or lesser degree of intensity.

Q. Well, by the map do you mean the map, Exhibit 2?

A. That's right, yes.

On cross-examination he said:

A. May I tell you the nature of my information on which I am working because I think this needs to be said?

THE COURT: Yes.

A. All right. I am, of course, familiar with the great bulk of the published material on the Indians of this area, some of which will be entered into evidence. I have myself discussed these matters with many Indians, both Nishga and their neighbours, but my main source of information is the great, abundant body of unpublished anthropological and historical material which was assembled in the National Museum of Canada by the anthropologist Marius Barbeau, who worked in this area between 1914 and the late '40's, and continued to assemble it until just a couple of years ago. He died this past year. Also, a Tsimshian gentleman who actually thought of himself as a Nishga chief, William Beynon who lived the greater part of his life at Port Simpson, who was an interpreter and assistant of Barbeau and other anthropologists and who, himself, until his death in 1967, recorded hundreds and hundreds of pages of anthropological information and family traditions and narratives having to do with the Nishga and the Gitksan people. I have had access to this great body of unpublished material. I spent a year at the National Museum working with it ten years ago and this has provided me with the detailed information upon which I can make these statements. Unfortunately I haven't worked it up into a publishable form as yet and it is such a vast body of material that I don't have it all at the tip of my tongue.

. . . . .

Q. Yes. Now, the fact is that the members of these bands did reside from time to time in communi-

R. Je crois que la comparaison peut s'établir simplement ici, il s'agit de plusieurs terrains minuscules, alors que sur le plan, l'ensemble de la parcelle était utilisé à une fin ou à une autre, d'une façon plus ou moins intense.

Q. Lorsque vous parlez du plan, voulez-vous dire le plan versé comme pièce 2?

R. C'est exact, oui.

Au contre-interrogatoire, il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION]—R. Puis-je vous parler de la nature des renseignements que j'ai obtenus et sur lesquels je me fonde, étant donné qu'à mon sens, c'est là une question importante?

LA COUR: Oui.

R. Très bien. Bien sûr, je connais la majeure partie des documents publiés portant sur les Indiens de cette région, certains d'entre eux seront produits. J'ai moi-même discuté de ces questions avec de nombreux Indiens, tant avec des Nishgas qu'avec leurs voisins, mais mes renseignements sont principalement fondés sur l'abondante et l'importante documentation anthropologique et historique non publiée, recueillie au musée national du Canada par l'anthropologiste Marius Barbeau, qui a travaillé dans cette région de 1914 jusqu'à la fin des années 40, et qui a poursuivi son œuvre jusqu'à très récemment. Il est mort l'an dernier. De plus, je me suis fondé sur un Tsimshian, qui pensait réellement être un chef Nishga, William Beynon, qui a vécu la majeure partie de sa vie à Port Simpson; il était interprète et assistant de Barbeau et d'autres anthropologistes et il a lui-même, jusqu'à sa mort en 1967, recueilli des centaines de pages de renseignements anthropologiques, de traditions familiales et de contes ayant trait aux Nishgas et au peuple des Gitksan. J'ai eu accès à cette importante masse de documents non publiés. J'ai passé un an au musée national, j'y ai travaillé il y a dix ans, et cela m'a permis d'obtenir les renseignements détaillés sur lesquels je peux me fonder pour faire ces déclarations. Malheureusement, je ne les ai pas encore couchés sous une forme susceptible d'être publiée et il s'agit d'un ensemble tellement vaste de documentation qu'elle ne me vient pas toute à l'esprit en ce moment.

. . . . .

Q. Oui. De toute façon, les membres de ces bandes habitaient de temps en temps des agglomérá-

1973 CanLII 4 (SCC)

ties and those communities would appear to have been within some of the present reserves?

A. Yes, that's right.

. . . . .

Q. Well, now, I was asking you as to what documentary or other evidence there was that justifies you in using the word "ownership". I suggest that that was a concept that was foreign to the Indians of the Nass Agency?

A. I am an anthropologist, sir, and the kind of evidence with which I work is largely not documentary evidence. It is verbal evidence given by people who didn't produce documents and it is turned into documentary form in anthropological and historical reports and in the reports of various Commissions.

Q. All right. Well, that is what I want now.

A. Yes, okay.

Q. I want you to state, so I can go and look them up, the documents you rely upon to support your statement, your use of the word "ownership", as "belonging" in the Indian concept.

A. Anthropological reports which I understand Mr. Berger is going to enter into the record, one of them by Philip Drucker, is a general book on the Indians of the Northwest Coast and it would use the term. Another is a book by Viola Garfield as to the Tsimshian Indians in general and in this sense it includes the Nishga which would use a concept of ownership.

Q. Now, are you suggesting that this is anything other than a tribal concept?

A. It includes the tribal concept and it is more besides, yes.

Q. Well, perhaps if my learned friend would give me the book you can indicate just what you mean. What was the book you referred to, Drucker?

A. Drucker or Docker.

MR. BERGER: Yes, I have it, my lord.

THE COURT: It is enmeshed in the toils of your papers, is that right?

MR. BERGER: That's right. I think those are two of them.

MR. BROWN:

Q. Would you indicate what you had in mind?

tions, et il semble que ces agglomérations se trouvaient dans les limites de certaines des réserves actuelles.

R. Oui, c'est exact.

. . . . .

Q. Je voulais vous demander quelle preuve documentaire ou autre justifie l'emploi du terme «propriété». Je présume que c'était là un concept étranger aux Indiens de la Naas?

R. Je suis un anthropologue, monsieur, et le genre de preuve à ma disposition est dans une large mesure d'origine non documentaire. Il s'agit de témoignages verbaux donnés par des gens qui n'ont produit aucun document; on la transforme sous forme de documents dans des rapports anthropologiques et historiques et dans les rapports de diverses commissions.

Q. Très bien. C'est là ce que je veux savoir.

R. Oui, d'accord.

Q. J'aimerais que vous nous disiez, de sorte que je puisse aller les consulter moi-même, sur quels documents vous appuyez votre déclaration, votre emploi du terme «propriété», compris comme «appartenant» selon le concept indien.

R. Sur des rapports anthropologiques, que Me Berger versera au dossier, si je comprends bien, l'un d'eux étant de Philip Drucker; il s'agit d'un ouvrage général sur les Indiens de la côte nord-ouest, ce terme s'y retrouve. Puis, il y a l'ouvrage de Viola Garfield traitant des Tsimshians en général, et dans ce sens cela comprend les Nishgas, utilisant un concept de propriété.

Q. Ainsi, est-ce que vous laissez entendre que c'est là toute autre chose qu'un concept tribal?

R. Il comprend le concept tribal, et plus encore, oui.

Q. Très bien, si mon savant confrère me donne l'ouvrage, peut-être pourrez-vous indiquer exactement ce que vous voulez dire. Quel ouvrage avez-vous mentionné, Drucker?

R. Drucker ou Docker.

Me BERGER: Oui, je l'ai Votre Seigneurie.

LA COUR: Il se trouve pris dans la masse de votre documentation, n'est-ce pas?

Me BERGER: C'est exact. Je crois qu'en voici deux.

Me BROWN:

Q. Pourriez-vous indiquer ce que vous aviez à l'esprit?

1973 CanLII 4 (SCC)

A. May I read it? Do you want me to read a section?

Q. Yes. Just direct our attention, will you, to the particular points?

A. This is Viola Garfield's book, "The Tsimshian, Their Arts and Music." On page 14—

THE COURT: Now, tell me something about the author first.

A. Yes. The authoress is an anthropologist who studied at the University of Washington in Seattle and who is still a professor of Anthropology there and who did her field work and much of her writing on the Tsimshian Indians. These would be primarily the Tsimshian, in the narrower sense of people who live at Port Simpson, now Metlakatla, but the concepts would apply to the Nishga as well.

On page 14 she writes:

"It was characteristic of the Tsimshian, as of other Northwest Coast Tribes, that exclusive rights to exploit the resource districts were claimed by kin. Lineages of the Tsimshian were the owners of rights to hunt, fish, pick berries or gather raw materials from geographically defined territory. Lineage properties were listed at an installation potlatch of a new head, hence were in his name. Lineage heads could and did designate certain areas as actually his and pass them on as private property to successors. This is the concept of ownership that—"

. . . . .

Q. Well, the basis of any statement about ownership would lie in the fact that the Nishgas had exclusive possession of the area, it was unchallenged, isn't that true?

A. For the area marked on the map?

Q. Yes.

A. Yes.

Q. So that anyone has to be careful about what word you apply because of the legal implications and to speak of ownership simply because someone has an unchallenged possession is to confuse two things, would you not agree?

R. Puis-je le lire? Voulez-vous que j'en lise une partie?

Q. Oui. Veuillez ne vous reporter qu'aux points précis.

R. Il s'agit de l'ouvrage de Viola Garfield, «The Tsimshian, Their Arts and Music». A la page 14—

LA COUR: Parlez-moi tout d'abord de l'auteur.

R. Oui. Il s'agit d'une anthropologue qui a fait ses études à l'Université de Washington, à Seattle, et qui y est actuellement professeur d'anthropologie; le travail qu'elle a fait sur le terrain, et ses écrits, portent en majeure partie sur les Tsimshians. Il s'agit principalement des Tsimhians, au sens strict, soit le peuple qui habite Port Simpson, maintenant Metlakatla, mais les concepts s'appliquent également aux Nishgas.

A la page 14 elle écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] «Un trait caractéristique des Tsimshians, ainsi que des autres tribus de la côte nord-ouest, c'est que les droits exclusifs d'exploitation des districts de ressources se revendiquaient par parenté. Certaines lignées des Tsimshians étaient propriétaires de droits de chasse, de pêche, de cueillette de fruits ou d'obtention de matières premières, dans un territoire géographiquement défini. Les propriétés des lignées étaient énumérées lors de la cérémonie potlatch, instituant un nouveau chef, elles étaient donc à son nom. Les chefs de lignées pouvaient désigner, et désignaient, certaines régions comme leur appartenant réellement, et pouvaient les transmettre à leurs ayants droit, à titre de propriété privée. C'est le concept de propriété qui—»

. . . . .

Q. Toute déclaration au sujet de la propriété serait fondée sur le fait que les Nishgas avaient la possession exclusive de la région, elle n'était pas controversée, n'est-ce pas?

R. Vous parlez de la région indiquée sur le plan?

Q. Oui.

R. Oui.

Q. Ainsi, il faut être prudent quant au mot à employer à cause des implications juridiques et parler de propriété simplement parce que quelqu'un a une possession incontestée, c'est confondre deux choses, ne croyez-vous pas?

1973 CanLII 4 (SCC)

A. The point I was trying to make in the second paragraph that Mr. Berger read out was that although their concepts of ownership were not the same as our legal concept of ownership, they nevertheless existed and were recognized and that is the point I was trying to make.

Q. Well, anyway, you are unable to find any documentary evidence in support other than conclusions drawn by anthropologists?

A. And also verbatim statements by Indians at the various Commissions, and I think Mr. Berger is going to enter some of this.

MR. BERGER: They have been entered.

MR. BROWN: Yes.

Q. Well, in other words the Indians would speak of the fact that when they attended before a Commission, that they owned the land?

A. Yes.

Q. They would speak in those terms as "We" as a group.

A. Yes.

Q. "Own the land".

A. I think they would go beyond that and say, "And the chief owned that certain territory up Portland Inlet where we used to get this and that," and the whole list of things that I referred to before.

Q. Would one family defend its right like that against other families?

A. It could, yes.

Q. Well, is there evidence of that?

A. There are narratives to that effect, yes.

Q. In the Nishga Valley, in the territory you have marked off there?

A. Yes.

Q. Where? Can you point to that?

A. They are in the unpublished material that I have been referring to.

Possession is of itself at common law proof of ownership: Cheshire, *Modern Law of Real Property*, 10th ed., p. 659, and Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, 3rd ed., p. 999. Unchallenged possession is admitted here.

Dr. Duff also went into the details of the Nishga system of succession to property based on a matrilineal line, showing that the Nishgas

R. Ce que j'essayais de dire au second paragraphe, que Me Berger a lu, c'est que bien que leurs notions de propriété n'aient pas été les mêmes que notre notion juridique de propriété, elles existaient néanmoins et étaient reconnues; c'est ce que j'ai tenté de faire comprendre.

Q. De toute façon, il vous est impossible de trouver quelque preuve documentaire à l'appui si ce n'est les conclusions qui ont été tirées par les anthropologues?

R. Et aussi les déclarations mot pour mot faites par les Indiens devant les diverses Commissions; je crois que Me Berger en produira certaines.

Me BERGER: Elles ont été produites.

Me BROWN: Oui.

Q. En d'autres termes, lorsqu'ils ont témoigné devant une Commission, les Indiens ont affirmé être propriétaires des terres?

R. Oui.

Q. Ils employaient le terme «Nous» en parlant d'un groupe.

R. Oui.

Q. «Sommes propriétaires des terres».

R. Je crois qu'ils allaient plus loin et disaient: «Et le chef était propriétaire d'un certain territoire en amont de Portland Inlet; c'est là que nous nous procurions telle et telle chose,» et toutes les choses dont j'ai déjà fait mention.

Q. Une famille aurait-elle défendu son droit de cette façon contre d'autres familles?

R. Oui, elle aurait pu le faire.

Q. Existe-t-il quelque preuve à cet effet?

R. Il existe des récits à cet effet, oui.

Q. Dans la vallée des Nishgas, sur le territoire que vous avez indiqué, là?

R. Oui.

Q. Où? Pouvez-vous me le montrer?

R. Ils sont dans la documentation non publiée dont j'ai parlé.

En common law, la possession elle-même est une preuve de propriété: Cheshire, *Modern Law of Real Property*, 10e édition, 659, et Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, 3e édition, page 999. Ici la possession incontestée est reconnue.

Le docteur Duff a également longuement parlé du système successoral des Nishgas, fondé sur la filiation utérine, et laissant voir que

1973 CanLII 4 (SCC)

had a well developed and sophisticated concept of property. Regarding the general state of development and sophistication of the culture of the Nishgas, he testified, quoting from his book as follows:

Q. I will go on to something else for the time being, then. Now, at page 17 of your book you say in the last paragraph:

> "There were some incipient or tentative groupings of tribes into larger units. In some cases clusters of closely related tribes bore collective names; for example, Cowichan."

And you mentioned some others,

> "In other cases such a cluster was acknowleged to be closely interrelated but had no joint names; for example, the Haida of Cumshewa, Skedans and Tanoo. A number of descriptive names for regional groups have appeared in print so often that they have become established by usage; for example, Upper Thompson, Lower Kootenay, Northern Kwakiutl, and Coast Tsimshian. Though not native names, these have been included in the table. These larger groupings had no internal organization, with two interesting exceptions. After the establishment of Fort Rupert the Southern Kwakiutl Tribes arranged themselves in a definite order of rank in order to control their ceremonial relations and potlaching organizations, and after the establishment of Port Simpson the nine Lower Skeena Tsimshian Tribes did much the same thing."

Now, is that what we are talking about, the organization of these groups for potlaching purposes?

A. Which groups?

Q. Well, what you are talking about there was this organization of family groups basically related to the potlaching arrangements.

A. The potlaching was the mechanism by which the family groups maintained their relative ranking, yes.

Q. Yes.

A. Within the tribes.

Q. Now, you say, going back to page 16:

les Nishgas auraient une notion de propriété bien établie et élaborée. Au sujet de l'état général de développement et d'évolution de la culture nishga, mentionnant des passages de son ouvrage il a fait le témoignage suivant:

[TRADUCTION] Q. Pour le moment, je parlerai donc d'autre chose. A la page 17 de votre ouvrage, vous dites, au dernier paragraphe:

> «Le groupement des tribus en cellules plus importantes a été entrepris ou tenté, dans une certaine mesure. Des groupes de tribus étroitement reliées portaient parfois des noms collectifs, par exemple, Cowichan.»

Vous en mentionnez d'autres:

> «Dans d'autres cas, il était reconnu que pareil groupe comportait des liens de parenté étroits mais n'avait aucun nom commun; par exemple, les Haida de Cumshewa, Skedans et Tanoo. Un certain nombre de noms descriptifs de groupes régionaux apparaît si souvent dans les écrits que ces noms sont devenus sanctionnés par l'usage; par exemple, Upper Thompson, Lower Kootenay, Northern Kwakiutl, et Coast Tsimshian. Ce ne sont pas là des noms aborigènes, mais ils font partie de la liste. Ces groupements plus importants n'avaient aucune organisation interne, à deux exceptions près. Après l'établissement de Fort Rupert, les tribus Southern Kwakiutl se sont hiérarchisées d'une façon précise, de façon à pouvoir diriger leurs relations cérémoniales et l'organisation des potlachs; après l'établissement de Port Simpson, les neuf tribus Lower Skeena Tsimshian ont fait à peu près la même chose.»

Est-ce bien là ce dont il est présentement question, l'organisation de ces groupes aux fins des potlachs?

R. De quels groupes?

Q. Bien, ce dont vous parliez, l'organisation de groupes familiaux reliée fondamentalement aux potlachs.

R. Les potlachs constituaient le mécanisme par lequel les groupes familiaux conservaient leur hiérarchie respective, oui.

Q. Oui.

R. A l'intérieur des tribus.

Q. Si nous revenons à la page 16, vous dites:

1973 CanLII 4 (SCC)

"On the Northern Coast, where kinship ties were most rigidly defined, matrilineal households or lineages were the basic units that united in each locality to form tribal groups, which usually assembled for part of the year in a common village."

Now, was that a characteristic in the Nishga groups, and if so, where did they assemble in a common village?

A. There was no single common village in which all of the Nishga groups assembled at any one time.

Q. No, I didn't understand that from the councillors. Now, you say:

"Among the Tsimshian these tribes hardened into firmly knit political units (this was somewhat less the case among the Gitksan, Niska—"

Now, those two peoples we are talking about, the people within the area you have delineated, are they not?

A. The Gitksan are just outside of the area and the Nishga are inside the area.

Q. Yes. So Niska means Nishga there?
A. That is correct, yes.

Q. And is that a correct statement, that this was somewhat less the case among the Nishga?
A. Yes, that is correct.

and reverting to the question of ownership, he said, quoting with approval from Drucker, a well known American anthropologist:

Q. Yes, please.
A. This is the chapter on social and political organization of the peoples of the North Pacific Coast. The section that is relevant here concerns the localized groups of kin. The localized groups of kin define who lived together, worked together and who jointly considered themselves exclusive owners of the tracts from which food and other prime materials were obtained.

Q. Jointly considered themselves, is that the word?

«Sur la côte nord, où les liens de parenté étaient définis d'une façon très rigide, les groupes à filiation utérine étaient les cellules fondamentales qui s'unissaient dans chaque agglomération en vue de former des groupes tribaux, qui, habituellement, se rassemblaient en un village conmun, durant une partie de l'année.»

Était-ce là une caractéristique des groupes nishgas, et dans l'affirmative, où se rassemblaient-ils en un village commun?

R. Il n'existait aucun village commun et unique où tous les groupes nishgas se rassemblaient en même temps.

Q. Non, c'est bien ce que j'ai compris en écoutant les conseillers. Vous ajoutez:

«Chez les Tsimshian, ces tribus se sont consolidées en cellules politiques compactes (ce n'était pas tout à fait le cas, chez les Gitksan, Niska—»

Là, ces deux peuples dont nous sommes en train de parler, ceux qui habitaient dans la région que vous avez délimitée, n'est-ce pas?

R. Les Gitksan habitent dans la région immédiatement voisine à celle-ci et les Nishgas habitent la région même.

Q. Oui. Ainsi, le terme Niska signifie Nishga, ici?
R. C'est exact, oui.

Q. Est-ce là une affirmation exacte, que ce n'était pas tout à fait le cas chez les Nishgas?
R. Oui, c'était exact.

revenant à la question de la propriété, il a dit ce qui suit, en citant à son appui Drucker, anthropologue américain bien connu:

[TRADUCTION] Q. Oui, je vous prie.
R. C'est le chapitre sur l'organisation sociale et politique des peuples de la côte du nord du Pacifique. Le paragraphe ici pertinent porte sur les groupes de parenté localisés. Les groupes de parenté localisés déterminaient quelles personnes devaient habiter ensemble, travailler ensemble et quelles personnes devaient se considérer conjointement propriétaires exclusifs des terrains où se procurer leur nourriture et les autres produits essentiels.

Q. Ils se considèrent conjointement propriétaires, est-ce bien le terme?

1973 CanLII 4 (SCC)

A. Jointly considered themselves, yes.

The whole group owned not only lands and their produce but all other forms of wealth, material treasures and intangible rights usually referred to as privileges, names for persons, houses, canoes, houseboats and even for dogs and slaves. I emphasize the phrases that I wanted to emphasize there.

Q. So that there was a form, again, of a communal approach?

A. In that sense.

Q. Yes.

A. It belonged to the group, yes.

Q. Thank you.

A. And on page 49, the last eight or so lines, this is dealing with wealth in these cultures and I quote:

"Distinctive of North Pacific Coast culture is the inclusion of natural resources and items of wealth; the foodstuffs, the materials for dress, shelter and transport and the places from which these things were obtained. Each group regarded the areas utilized as the exclusive property of the group. Group members used habitation sites, fishing grounds, clam beaches, hunting and burying grounds, that is in the sense of getting buried, forest areas where timber and bark were obtained through right. Outsiders entered by invitation or in trespass.

"Bounds were defined by natural landmarks with a precision remarkable for people with no surveying equipment."

THE COURT: Read me the last sentence again, please.

"Bounds were defined by natural landmarks with a precision remarkable for people with no surveying equipment."

Now, these are the only two specific specimens in this book.

MR. BROWN:

R. Ils se considèrent conjointement propriétaires, oui.

L'ensemble du groupe était propriétaire non seulement des terres et de leurs ressources mais également de toute autre forme de richesse, biens tangibles et droits incorporels habituellement connus sous le nom de privilège, noms de personnes, habitations, canots, bateaux-maisons et même chiens et esclaves. Je mets l'accent sur les phrases sur lesquelles je voulais mettre l'accent.

Q. De sorte qu'encore une fois il y avait un certain aspect communautaire?

R. En ce sens-là.

Q. Oui.

R. Les biens appartenaient au groupe, oui.

Q. Merci.

R. A la page 49, aux huit dernières lignes ou à peu près, il est question de la richesse dans ces cultures, et je cite:

[TRADUCTION] «Un aspect distinctif de la culture de la côte du nord du Pacifique, c'est l'inclusion des ressources naturelles et des biens matériels; les produits alimentaires, le matériel destiné à l'habillement, au logement et au transport et les endroits où l'on se les procurait. Chaque groupe considérait que les régions utilisées lui appartenaient exclusivement. Les membres du groupe utilisaient le lieu des habitations, les emplacements de pêche, les plages à pétoncle, les terrains de chasse et les cimetières, là ou l'on procédait aux enterrements, les régions forestières où l'on se procurait le bois et l'écorce de plein droit. Les étrangers s'y trouvaient soit sur invitation, soit par suite d'un empiétement.

«Les limites étaient définies par des points de repère géographiques, avec une précision remarquable pour des gens n'ayant aucun matériel d'arpentage.»

LA COUR: Relisez la dernière phrase, je vous prie.

«Les limites étaient définies par des points de repère géographiques, avec une précision remarquable pour des gens n'ayant aucun matériel d'arpentage.»

Ce sont là les deux seuls exemples précis dans cet ouvrage.

Me BROWN:

1973 CanLII 4 (SCC)

Q. Thank you. Now, what is he discussing there? Is he discussing a particular group?

A. He is discussing the Northwest Coast groups in general, of which the Nishga are one.

An interesting and apt line of questions by Gould J. in which he endeavoured to relate Duff's evidence as to Nishga concepts of ownership of real property to the conventional common law elements of ownership must be quoted here as they disclose that the trial judge's consideration of the real issue was inhibited by a preoccupation with the traditional *indicia* of ownership. In so doing, he failed to appreciate what Lord Haldane said in *Amodu Tijani, supra*:

> Their Lordships make the preliminary observation that in interpreting the native title to land, not only in Southern Nigeria, but other parts of the British Empire, much caution is essential. There is a tendency, operating at times unconsciously, to render that title conceptually in terms which are appropriate only to systems which have grown up under English law. But this tendency has to be held in check closely.

The trial judge's questions and Duff's answers were as follows:

THE COURT:

Q. I want to discuss with you the short descriptive concept of your modern ownership of land in British Columbia, and I am going to suggest to you three characteristics (1) specific delineation of the land, we understand is the lot.

A. Yes.

Q. Specifically delineated down to the lot, and the concept of the survey; (2) exclusive possession against the whole world, including your own family. Your own family, you know that, you want to keep them off or kick them off and one can do so; (3) to keep the fruits of the barter or to leave it or to have your heirs inherit it, which is the concept of wills. Now, those three characteristics—are you with me?

A. Yes.

Q. Specific delineation, exclusive possession, the right of alienation, have you found in your anthropological studies any evidence of that

Q. Merci. De quoi est-il en train de parler? Parle-t-il d'un groupe particulier?

R. Il parle des groupes de la côte du nord-ouest en général, dont les Nishgas font partie.

Il importe de faire mention ici de la série de questions intéressantes et pertinentes posées par le Juge Gould; il tentait d'établir un rapport entre le témoignage du docteur Duff au sujet des notions nishgas de propriété immobilière et les éléments conventionnels de propriété en common law; ces questions montrent qu'en examinant la véritable question, le juge de première instance était influencé par les critères traditionnels de propriété. Ce faisant, il a omis de tenir compte des commentaires formulés par Lord Haldane dans l'arrêt *Amodu Tijani* (précité):

> [TRADUCTION] En premier lieu, Leurs Seigneuries veulent faire remarquer qu'en déterminant la nature du titre des indigènes sur les biens-fonds, non seulement au Nigéria du sud, mais en d'autres parties de l'Empire britannique, il est essentiel de se montrer extrêmement prudent. On a tendance, parfois inconsciemment, à concevoir ce titre selon des termes ne s'appliquant bien qu'aux systèmes fondés sur le droit anglais. Mais il faut contrôler étroitement cette tendance.

Les questions du juge de première instance et les réponses du docteur Duff sont les suivantes:

[TRADUCTION] LA COUR:

Q. J'aimerais examiner avec vous la brève notion descriptive de la propriété moderne des biens-fonds en Colombie-Britannique; je vais vous proposer trois caractéristiques: (1) la délimitation exacte du bien-fonds, c'est-à-dire du lot.

R. Oui.

Q. Une délimitation sous forme de lot, la notion d'arpentage; (2) la possession exclusive vis-à-vis de tous y compris sa propre famille. Vous savez bien qu'en ce qui concerne sa propre famille, on veut l'éloigner ou la renvoyer et on peut le faire; (3) la conservation des fruits du bien-fonds, ou la transmission à ses héritiers, c'est-à-dire la notion de testament. Ces trois caractéristiques—me suivez-vous?

R. Oui.

Q. La délimitation précise, la possession exclusive, le droit d'aliénation, au cours de vos études anthropologiques, avez-vous recueilli quelque

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

concept being in the consciousness of the Nishgas and having them executing such a concept?

A. My lord, there are three concepts.

Q. Yes, or a combination of them.

A. Could we deal with them one at a time?

Q. Yes, you can do it any way you like. You deal with it.

A. Specific delineation, I think, was phrased by Dr.—

Q. Touched upon by landmarks.

A. Physical landmarks, physical characteristics. The exclusive occupation did not reside in an individual. It rested in a group of people who were a sub-group of the tribe.

Q. The third one was alienation.

A. The owners in this sense had certain rights of alienation. They could give up the tract of land, lose it in warfare, but in practice it would not go to anybody outside of the tribe, that is, a tract of Nishga land might change hands but it wouldn't go to other than a Nishga family.

Q. So am I correct in assuming that there are similarities in the Nishga civilization in the first two characteristics, but not the third? All that alienation means, of course, is that you can sell it to anybody you like?

A. Yes.

Q. Generally speaking, I mean, that is, what it does. Two of the three the Nishga Tribe—I don't want to put words in your mouth, now, I want you to tell me. I don't want to tell you anything.

A. Delineation but not by modern surveying methods.

Q. Of course, I understand, yes.

A. Exclusive ownership resting not in an individual.

Q. Possession or occupancy, not ownership?

A. Oh, I see. Possession or occupancy resting in a specific group rather than an individual. The right of alienation, which in practice would leave the land within the same tribe. It was limited.

preuve de cette notion dans l'esprit des Nishgas; appliquaient-ils pareille notion?

R. Votre Seigneurie, il y a trois notions.

Q. Oui, ou une combinaison des trois.

R. Pourrions-nous ne parler que d'une notion à la fois?

Q. Oui, faites comme vous voulez. C'est vous qui en parlez.

R. La question de la délimitation précise, si je ne me trompe, a été traitée par le docteur—

Q. Il s'agissait de points de repère.

R. De points de repère physiques, de caractéristiques physiques. Le droit d'occupation exclusive n'était pas exercé au niveau de l'individu. Il l'était au niveau du groupe, qui était un sous-groupe de la tribu.

Q. La troisième notion est celle de l'aliénation.

R. En ce sens, les propriétaires avaient certains droits d'aliénation. Ils pouvaient céder la parcelle de terre, la perdre au cours d'une guerre, mais en pratique elle n'était jamais transmise à une personne qui n'était pas membre de la tribu, c'est-à-dire qu'une parcelle de terre nishga pouvait changer de mains mais seulement en faveur d'une famille nishga.

Q. Donc, est-ce que je comprends bien si je présume qu'il existe des ressemblances dans la civilisation nishga en ce qui concerne les deux premières caractéristiques, mais non pas en ce qui concerne la troisième? Tout ce que la notion d'aliénation comporte, bien sûr, c'est qu'une personne peut vendre son bien à n'importe qui?

R. Oui.

Q. Généralement parlant, c'est ce que ça comporte. En ce qui concerne deux des trois notions, la tribu Nishga—je ne veux pas mettre les mots dans votre bouche, je veux que vous me le disiez vous-même. Je ne veux rien vous dire.

R. La notion de délimitation existait mais on n'employait pas les méthodes modernes d'arpentage.

Q. Bien sûr, je comprends, oui.

R. La propriété exclusive non pas au niveau de l'individu.

Q. La possession ou l'occupation, pas la propriété?

R. Oh, je comprends. Le droit de possession ou d'occupation était celui d'un groupe précis plutôt que d'un particulier. Le droit d'aliénation, qui conservait en pratique les terres à l'intérieur même de la tribu. Il était restreint.

Q. Could the group having exclusive occupancy select within the tribe, if they chose, another group to whom they wanted to either, to use the modern word, convey it, or would that go by general communal habit, custom or even law?

A. The group could do the thing you suggest. For example, in some cases the chief of a group might convey a property to his son, which would not be the normal way; it would be to his nephew in the normal way.

Q. Yes.

A. And that would, on rare occasions, be accepted.

Q. Always subject to the acceptance of what, the tribe?

A. The tribe, yes.

. . . . .

RE-EXAMINED BY MR. BERGER:

Q. His lordship put to you three characteristics of modern day real property concepts. Having regard to the territory of the Nishga Tribe outlined on the map, Exhibit 2, can you say whether or not there would have been specific delineation of that area in the sense in which it was put to you by his lordship?

A. Of the boundaries of that area?

Q. Yes.

A. Yes.

Q. What would the means of delineation have been?

A. As Dr. Drucker has described them here, landmarks.

Q. By landmarks. Do you mean the mountain tops?

A. Yes, geographical locations.

Q. Now, his lordship put to you the notion of exclusive possession. As regards the territory delineated on the map, Exhibit 2, the Nishga territory, what would have been the application of that concept if it had any in the time before the coming of the white man?

A. It would be recognized by all as Nishga territory. They would exercise exclusive possession of it.

MR. BERGER: I have no further questions.

THE COURT: I have some more now.

Q. Le groupe qui avait le droit d'occupation exclusive pouvait-il choisir, à l'intérieur de la tribu, s'il le désirait, un autre groupe auquel il voulait soit, pour employer un terme contemporain, céder les terres, ou cela dépendait-il d'une coutume ou d'un usage général de la communauté ou même de la loi?

R. Le groupe pouvait faire ce que vous suggérez. Par exemple, dans certains cas, il se pouvait qu'un chef de groupe transmette un bien à son fils, mais ce n'était pas la façon normale de procéder; normalement, il l'aurait transmise à son neveu.

Q. Oui.

R. C'était là, rarement toutefois, un fait accepté.

Q. Toujours sous réserve de l'acceptation de qui, de la tribu?

R. De la tribu, oui.

. . . . .

INTERROGÉ DE NOUVEAU PAR Me BERGER:

Q. Sa Seigneurie vous a énoncé trois caractéristiques des notions modernes de propriété immobilière. Compte tenu du territoire nishga délimité sur le plan, pièce 2, pouvez-vous dire si cette région était délimitée d'une façon précise, selon le sens proposé par Sa Seigneurie?

R. Les limites de cette région?

Q. Oui.

R. Oui.

Q. Quels étaient les modes de délimitation?

R. Comme le docteur Drucker les a décrits ici, les points de repère.

Q. Par des points de repère. Voulez-vous dire les pics des montagnes?

R. Oui, des emplacements géographiques.

Q. Sa Seigneurie vous a expliqué la notion de possession exclusive. En ce qui concerne le territoire délimité sur le plan, pièce 2, le territoire nishga, quelle aurait été l'application de cette notion, le cas échéant, avant l'arrivée de l'Homme blanc.

R. Tous le reconnaissaient comme étant le territoire nishga. Ils en avaient la possession exclusive.

Me BERGER: Je n'ai plus de questions à poser.

LA COUR: Nous en poserons quelques-unes.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

Q. I will give two more characteristics of ownership, the right to destroy it at your own whim, if you like, and the other, that the exclusive possession should be of indeterminable time, that is, cannot be terminated by a person's life, that is, can be passed on to one's heirs. That makes five. Now, you have dealt with three. Now, the right to destroy at whim, set fire to your own house; these matters you have been dealing with, would a group within the Nishga have the right, if the buildings at the mouth of a certain river had been in their exclusive use some time and they will say, "Let's set fire to it," would the tribe prohibit that?

A. I would think that they would have that right.

Q. You would think they would have that right?
A. Yes.

Q. Now, what about the duration of the right, not to destroy, but the right of exclusive ownership, would it go to their heirs?
A. Yes.

Q. Or go back to the tribe for distribution?

A. In theory it belongs within that kinship group through time, with no duration in theory. It always remains with that same kinship group.

Q. That is the matrilineal line?
A. Yes.

THE COURT: Thank you.

In enumerating the *indicia* of ownership, the trial judge overlooked that possession is of itself proof of ownership. *Prima facie*, therefore, the Nishgas are the owners of the lands that have been in their possession from time immemorial and, therefore, the burden of establishing that their right has been extinguished rests squarely on the respondent.

What emerges from the foregoing evidence is the following: the Nishgas in fact are and were from time immemorial a distinctive cultural entity with concepts of ownership indigenous to their culture and capable of articulation under the common law having, in the words of Dr. Duff, "developed their cultures to higher peaks in many respects than in any other part of the continent north of Mexico". A remarkable con-

Q. Je vous donnerai deux autres caractéristiques de la propriété, le droit de détruire son bien à son gré, si on le désire, et l'autre, la possession exclusive est d'une durée illimitée, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas se terminer par la mort d'une personne, qu'elle peut être transmise aux héritiers. Il y a donc cinq caractéristiques. Vous avez parlé de trois de ces caractéristiques. Passons au droit de détruire à son gré, de mettre le feu à sa propre maison; en ce qui concerne ces questions dont vous avez traité, un groupe faisant partie des Nishgas aurait-il le droit, si les constructions à l'embouchure d'une rivière avaient été utilisées exclusivement par lui depuis un certain temps, et s'ils s'étaient dit: «Mettons-y le feu,» la tribu l'aurait-elle interdit?

R. Je crois qu'ils en auraient eu le droit.

Q. Vous croyez qu'ils en auraient eu le droit?
R. Oui.

Q. En ce qui concerne la durée du droit, non pas celui de détruire, mais le droit de propriété exclusive, était-il transmis aux héritiers?
R. Oui.

Q. Ou revenait-il à la tribu, en vue d'une distribution?
R. En théorie, il appartient à ce groupe familial, avec le temps, sans durée déterminée en théorie. Il appartient toujours à ce même groupe familial.

Q. C'est-à-dire en ligne maternelle?
R. Oui.

LA COUR: Merci.

En énumérant les critères de propriété, le juge de première instance n'a pas tenu compte du fait que la possession même est une preuve de propriété. Par conséquent, *prima facie*, les Nishgas sont propriétaires des terres qu'ils ont possédées de temps immémorial et, par conséquent, il incombe carrément à l'intimé d'établir que leur droit a été éteint.

Des témoignages ci-dessus rapportés, il ressort que de fait, les Nishgas forment et ont formé, de temps immémorial, une entité culturelle distincte possédant des notions aborigènes de propriété, propres à leur culture, et pouvant être énoncées en termes de common law, étant donné que, pour reprendre les paroles du docteur Duff: «leurs cultures ont évolué à un degré supérieur à plusieurs égards, à celui de toute

1973 CanLII 4 (SCC)

firmation of this statement comes from Captain Cook who, in 1778, at Cape Newenham claimed the land for Great Britain. He reported having gone ashore and entered one of the native houses which he said was 150 feet in length, 24 to 30 feet wide and 7 to 8 feet high and that "there were no native buildings to compare with these north of Mexico". The report continues that Cook's officers were full of admiration for the skill and patience required to erect these buildings which called for a considerable knowledge of engineering.

While the Nishga claim has not heretofore been litigated, there is a wealth of jurisprudence affirming common law recognition of aboriginal rights to possession and enjoyment of lands of aborigines precisely analogous to the Nishga situation here.

Strong J. (later C.J.C.) in *St. Catharine's Milling and Lumber Company v. The Queen*[24], said at p. 608:

In the Commentaries of Chancellor Kent and in some decisions of the Supreme Court of the United States we have very full and clear accounts of the policy in question. *It may be summarily stated as consisting in the recognition by the crown of a usufructuary title in the Indians to all unsurrendered lands. This title, though not perhaps susceptible of any accurate legal definition in exact legal terms, was one which nevertheless sufficed to protect the Indians in the absolute use and enjoyment of their lands, whilst at the same time they were incapacitated from making any valid alienation otherwise than to the crown itself, in whom the ultimate title was, in accordance with the English law of real property, considered as vested.* This short statement will, I think, on comparison with the authorities to which I will presently refer, be found to be an accurate description of the principles upon which the crown invariably acted with reference to Indian lands, at least from the year 1756, when Sir William Johnston was appointed by the Imperial Government superintendent of Indian

[24] (1886), 13 S.C.R. 577.

autre partie du continent au nord du Mexique». On trouve une confirmation remarquable de cette affirmation grâce au capitaine Cook qui, en 1778, à Cape Newenham, a revendiqué les terres au nom de la Grande-Bretagne. Il raconte qu'il a mis pied à terre et est entré dans l'une des habitations aborigènes qui, apparemment, mesurait 150 pieds de longueur, 24 à 30 pieds de largeur et 7 à 8 pieds de hauteur et que: [TRADUCTION] «il n'existait pas de constructions aborigènes comparables à celles-ci au nord du Mexique». Cook ajoute que ses officiers étaient éblouis par l'habileté et la patience requises dans la construction de ces édifices, qui demandaient des connaissances approfondies de génie.

La revendication nishga n'a jamais fait l'objet d'un litige, mais il existe une abondante jurisprudence confirmant que la common law reconnaît les droits aborigènes, à la possession et à la jouissance des terres des aborigènes dans des cas précisément analogues à la situation qui se présente ici en ce qui concerne les Nishgas.

Dans l'arrêt *St. Catharine's Milling and Lumber Company c. The Queen*[24], le Juge Strong (devenu par la suite Juge en chef de cette Cour) a dit ce qui suit, page 608:

[TRADUCTION] Dans les Commentaires du chancelier Kent et dans certaines décisions de la Cour suprême des États-Unis, nous retrouvons des comptes rendus très détaillés et précis relativement à la ligne de conduite en question. *En bref, il s'agit de la reconnaissance par la Couronne d'un titre de la nature d'un usufruit, que les Indiens ont sur toutes les terres qui n'ont pas été cédées. Ce titre, même s'il n'est peut-être pas possible d'en donner une définition juridique exacte, suffisait néanmoins à protéger les Indiens en ce qui concerne l'utilisation et la jouissance absolue de leurs terres, même si, en même temps, ceux-ci ne pouvaient pas les aliéner validement autrement qu'en faveur de la Couronne elle-même, qui détenait le titre suprême, en conformité du droit anglais en matière de propriété immobilière.* Comparativement aux précédents que je mentionnerai un peu plus loin, je crois que cette brève affirmation doit être considérée comme une description exacte des principes sur lesquels la Couronne s'est invariablement fondée en ce qui concerne les terres indiennes, du moins depuis

[24] (1886), 13 R.C.S. 577.

affairs in North America, being as such responsible directly to the crown through one of the Secretaries of State, or the Lords of Trade and Plantation, and thus superseding the Provincial Governments, down to the year 1867, when the confederation act constituting the Dominion of Canada was passed. So faithfully was this system carried out, that I venture to say that there is no settled part of the territory of the Province of Ontario, except perhaps some isolated spots upon which the French Government had, previous to the conquest, erected forts, such as Fort Frontenac and Fort Toronto, which is not included in and covered by a surrender contained in some Indian treaty still to be found in the Dominion Archives. These rules of policy being shown to have been well established and acted upon, and the title of the Indians to their unsurrendered lands to have been recognized by the crown to the extent already mentioned, it may seem of little importance to enquire into the reasons on which it was based.

(Emphasis added)

1756, année de la nomination de Sir William Johnston par le gouvernement impérial au poste de surintendant des affaires indiennes en Amérique du Nord; en cette qualité, il devait directement répondre à la Couronne, par l'intermédiaire d'un des secrétaires d'État, ou des Lords of Trade and Plantation, et a donc remplacé les gouvernements provinciaux, jusqu'en 1867, année de l'adoption de la loi sur la confédération, constituant le Dominion du Canada. Ce système a été appliqué si fidèlement, que je m'aventurerai à dire qu'il n'existe aucune partie colonisée du territoire de la province de l'Ontario, sauf peut-être quelques endroits isolés où le gouvernement français avait, avant la conquête, érigé des forts, comme le fort Frontenac et le fort Toronto, qui ne soit pas cédée dans quelque traité indien que l'on pourrait encore retrouver dans les archives du Dominion. Étant donné qu'il a été démontré que ces principes directeurs étaient bien établis et appliqués, et que le titre des Indiens sur leurs terres non cédées a été reconnu par la Couronne dans la mesure ci-dessus mentionnée, il peut sembler inutile de rechercher les motifs sur lesquels il était fondé.

(Les italiques ont été ajoutés.)

and at p. 610:

The American authorities, to which reference has already been made, consist (amongst others) of passages in the commentaries of Chancellor Kent, (Kent's Commentaries 12 ed. by Holmes, vol. 3 p. 379 *et seq.* and in editor's notes.) in which the whole doctrine of Indian titles is fully and elaborately considered, and of several decisions of the Supreme Court of the United States, from which three, *Johnston* v. *McIntosh*, 8 Wheaton 543, *Worcester* v. *State of Georgia*, 6 Peters 515, and *Mitchell* v. *United States*, 9 Peters 711, may be selected as leading cases. *The value and importance of these authorities is not merely that they show that the same doctrine as that already propounded regarding the title of the Indians to unsurrendered lands prevails in the United States, but, what is of vastly greater importance, they without exception refer its origin to a date anterior to the revolution and recognize it as a continuance of the principles of law or policy as to Indian titles then established by the British government, and therefore identical with those which have also continued to be recognized and applied in British North America.* Chancellor Kent, referring to the decision of the Supreme Court of the United States, in *Cherokee*

A la page 610:

Les précédents et textes de doctrine américains, dont nous avons déjà fait mention, consistent, entres autres, en certains passages des commentaires du chancelier Kent (Kent's Commentaries, 12e éd., par Holmes, vol. 3, pp. 379 et suivantes; et aussi les notes de l'éditeur) dans lesquels toute la doctrine des titres indiens est étudiée d'une façon détaillée et élaborée, et en plusieurs décisions de la Cour suprême des États-Unis, dont trois, *Johnston* v. *McIntosh*, 8 Wheaton 543, *Worcester* v. *State of Georgia*, 6 Peters 515, et *Mitchell* v. *United States*, 9 Peters 711, peuvent être choisies à titre d'arrêts faisant autorité. *La valeur et l'importance de ces précédents et textes n'est pas simplement qu'ils démontrent que la même doctrine que celle qui a déjà été énoncée relativement au titre que les Indiens ont sur les terres non cédées, s'applique aux États-Unis, mais, fait encore beaucoup plus important, que tous, sans exception, indiquent qu'elle remonte à une époque antérieure à la révolution et reconnaissent qu'elle est la continuation des principes juridiques ou directeurs en matière de titres indiens qu'avait alors établis le gouvernement britannique, et qui sont par conséquent identiques à ceux qui ont également continué à être*

1973 CanLII 4 (SCC)

Nation v. *State of Georgia*, 5 Peters 1, says:—

"The court there held that the Indians were domestic, dependent nations, and their relations to us resembled that of a ward to his guardian; and they had an unquestionable right to the lands they occupied until that right should be extinguished by a voluntary cession to our government, 3 Kent Comms. 383."

(Emphasis added.)

. . . . .

It thus appears, that in the United States a traditional policy, derived from colonial times, relative to the Indians and their lands has ripened into well established rules of law, and that the result is that the lands in the possession of the Indians are, until surrendered, treated as their rightful though inalienable property, so far as the possession and enjoyment are concerned; in other words, that the *dominium utile* is recognized as belonging to or reserved for the Indians, though the *dominium directum* is considered to be in the United States. Then, if this is so as regards Indian lands in the United States, which have been preserved to the Indians by the constant observance of a particular rule of policy acknowledged by the United States courts to have been originally enforced by the crown of Great Britain, how is it possible to suppose that the law can, or rather could have been, at the date of confederation, in a state any less favorable to the Indians whose lands were situated within the dominion of the British crown, the original author of this beneficent doctrine so carefully adhered to in the United States from the days of the colonial governments? *Therefore, when we consider that with reference to Canada the uniform practice has always been to recognize the Indian title as one which could only be dealt with by surrender to the crown.* I maintain that if there had been an entire absence of any written legislative act ordaining this rule as an express positive law, we ought, just as the United States courts have done, to hold that it nevertheless existed as a rule of the unwritten common law, which the courts were bound to enforce as such, and consequently, that the 24th sub-section of section 91, as well as the 109th section and the 5th sub-section of section 92 of the British North America Act, must all be read and construed upon the assumption that these territorial rights of the Indians were strictly

reconnus et appliqués en Amérique du Nord britannique. Le chancelier Kent, se reportant à la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Cherokee Nation* v. *State of Georgia*, 5 Peters 1, dit ce qui suit:

[TRADUCTION] «Dans cette cause-là, le tribunal a décidé que les Indiens formaient des nations indigènes, dépendantes; quant à nous, leurs relations ressemblaient à celles d'un pupille envers son tuteur; ils avaient un droit indiscutable sur les terres qu'ils occupaient jusqu'à ce qu'ils éteignent ce droit en cédant de plein gré les terres à notre gouvernement, 3 Kent Comms. 383.»

(Les italiques ont été ajoutés.)

. . . . .

Il ressort donc qu'aux États-Unis, la ligne de conduite traditionnelle, datant de l'époque coloniale, relativement aux Indiens et à leurs terres, a produit des règles juridiques bien établies, et a eu pour résultat que les terres possédées par les Indiens sont, jusqu'au moment de leur cession, considérées comme leur propriété de plein droit, en ce qui concerne la possession et la jouissance, même si ceux-ci ne peuvent pas les aliéner; en d'autres termes le *dominium utile* est reconnu comme appartenant aux Indiens et étant réservé à ceux-ci, bien qu'il soit considéré que le *dominium directum* relève de l'État américain. S'il en est ainsi en ce qui concerne les terres indiennes américaines, conservées aux Indiens par l'observation constante d'une ligne de conduite particulière reconnue par les tribunaux américains comme ayant initialement été appliquée par la Couronne de la Grande-Bretagne, comment est-il possible de présumer que le droit puisse, ou plutôt ait pu, au moment de la confédération, être moins favorable aux Indiens dont les terres étaient situées dans les limites du dominion de la Couronne britannique, fondatrice de cette doctrine avantageuse suivie de si près aux États-Unis depuis l'époque des gouvernements coloniaux? *Par conséquent, lorsque nous considérons la chose eu égard au Canada, la pratique constante a été de reconnaître le titre indien comme pouvant être éteint uniquement par suite d'une cession à la Couronne.* Je soutiens que s'il n'y avait eu aucun texte législatif énonçant expressément cette règle à titre de règle de droit positif, nous devrions, comme les tribunaux américains l'on fait, décider que cette règle était néanmoins une règle non écrite de la common law, que les cours étaient tenues d'appliquer comme telle, et par conséquent, que le 24e paragraphe de l'article 91, ainsi que l'article 109 et le 5e paragraphe de l'article 92 de l'acte de l'Amérique du Nord britannique, doivent tous être interprétés

1973 CanLII (SCC)

legal rights which had to be taken into account and dealt with in that distribution of property and proprietary rights made upon confederation between the federal and provincial governments.

(Emphasis added.)

. . . . .

To summarize these arguments, which appear to me to possess great force, we find, that at the date of confederation the Indians, by the constant usage and practice of the crown, were considered to possess a certain proprietary interest in the unsurrendered lands which they occupied as hunting grounds; that this usage had either ripened into a rule of the common law as applicable to the American Colonies, or that such a rule had been derived from the law of nations and had in this way been imported into the Colonial law as applied to Indian Nations; that such property of the Indians was usufructuary only and could not be alienated, except by surrender to the crown as the ultimate owner of the soil; . . . . .

Strong J., with whom Gwynne J. agreed, was dissenting in the case but the dissent was on the question of whether the Dominion or Provincial government acquired title when the Indian title was extinguished as it had been in that case by treaty. The majority held that the Crown in the right of the Province became the owner and Strong and Gwynne JJ. held that the Dominion became the owner. However, on the point of Indian title there was no disagreement between the majority and minority views. Ritchie C.J. for the majority agreed substantially with Strong J. in this respect, saying at pp. 559-60:

I am of opinion, that all ungranted lands in the province of Ontario belong to the crown as part of the public domain, *subject to the Indian right of occupancy in cases in which the same has not been lawfully extinguished*, and when such right of occupancy has been lawfully extinguished absolutely to the crown, and as a consequence to the province of Ontario. I think the crown owns the soil of all the unpatented lands, the Indians possessing only the right of occupancy, and the crown possessing the legal title subject to that occupancy, with the absolute

comme si ces droits territoriaux des Indiens étaient strictement des droits juridiques dont il fallait tenir compte et qu'il fallait considérer lorsque la propriété et les droits de propriété ont été partagés entre les gouvernements fédéral et provinciaux au moment de la confédération.

(Les italiques ont été ajoutés.)

. . . . .

Résumons ces arguments, qui me paraissent des plus convaincants, en disant qu'au moment de la confédération, les Indiens, par suite d'une coutume et d'un usage constants reconnus par la Couronne, étaient considérés comme détenant un certain droit de propriété sur les terres non cédées qu'ils occupaient aux fins de la chasse; que cet usage a évolué en une règle de common law applicable aux colonies américaines ou que pareille règle venait du droit des gens et avait de cette façon été appliquée en droit colonial aux nations indiennes; que le droit des Indiens était uniquement de la nature d'un usufruit et ne pouvait pas être aliéné, sauf par cession à la Couronne, propriétaire suprême des terres;. . . . .

Dans cette cause-là, le Juge Strong, à l'avis duquel souscrivait le Juge Gwynne, était dissident, mais uniquement sur la question de savoir si c'est le gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial qui acquiert les terres lorsque le titre indien est éteint comme il l'avait été dans ce cas-là par traité. La majorité a décidé que la Couronne du chef de la province était devenue propriétaire, alors que les Juges Strong et Gwynne ont décidé que c'était le gouvernement fédéral qui était devenu propriétaire. Toutefois, en ce qui concerne le titre indien, les Juges se sont entendus à l'unanimité. Le Juge en chef Ritchie, qui parlait au nom de la majorité, a souscrit en gros à l'avis du Juge Strong à cet égard, disant aux pages 559 et 560:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que toutes les terres non octroyées de la province d'Ontario appartiennent à la Couronne, comme faisant partie du domaine public, *sous réserve du droit d'occupation indien, lorsque ce droit n'a pas été légalement éteint*; lorsque pareil droit d'occupation a été légalement éteint, les terres appartiennent d'une façon absolue à la Couronne, et par conséquent à la province d'Ontario. Je crois que la Couronne est propriétaire de toutes les terres non octroyées, les Indiens ayant uniquement un droit d'occupation, et la Couronne détenant le titre juridi-

1973 CanLII 4 (SCC)

exclusive right to extinguish the Indian title either by conquest or by purchase . . .

(Emphasis added.)

The *St. Catharine's Milling* case was affirmed in the Privy Council[25]. The judgment was given by Lord Watson who, in referring to Indian aboriginal interests, said at p. 54:

It was suggested in the course of the argument for the Dominion, that inasmuch as the proclamation recites that the territories thereby reserved for Indians had never "been ceded to or purchased by" the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which shew that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the Sovereign. The lands reserved are expressly stated to be "parts of Our dominions and territories;" and it is declared to be the will and pleasure of the sovereign that, "for the present," they shall be reserved for the use of the Indians, as their hunting grounds, under his protection and dominion. *There was a great deal of learned discussion at the Bar with respect to the precise quality of the Indian right, but their Lordships do not consider it necessary to express any opinion upon the point. It appears to them to be sufficient for the purposes of this case that there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished.*

(Emphasis added.)

The case most frequently quoted with approval dealing with the nature of aboriginal rights is *Johnson v. McIntosh*[26]. It is the *locus classicus* of the principles governing aboriginal title. Gould J. in his reasons said of this case at p. 514:

The most cogent one of these is the argument based upon a classic and definitive judgment of Chief Justice Marshall of the United States, in 1823, in the case of *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton, p 541, wherein that renowned jurist gave an historical account of the British Crown's attitude towards the rights of aboriginals over land originally occupied by

[25] (1888), 14 App. Cas. 46.

[26] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

que sous réserve de ce droit, avec le droit absolu exclusif d'éteindre le titre indien soit par conquête soit par achat . . .

(Les italiques ont été ajoutés.)

L'arrêt *St. Catharine's Milling* a été confirmé au Conseil privé[25]. Le jugement a été rendu par Lord Watson qui, en parlant des droits aborigènes indiens, a dit ce qui suit, p. 54:

[TRADUCTION] Dans les plaidoiries du gouvernement fédéral, il a été soutenu que dans la mesure où la proclamation édicte que les territoires ainsi réservés aux Indiens n'ont jamais «été cédés» à la Couronne «ou été achetés par» la Couronne, les Indiens en sont demeurés les seuls propriétaires. Toutefois, cette déduction n'est pas conforme aux termes de l'instrument, qui montre que les Indiens avaient un droit personnel, de la nature d'un usufruit, dépendant du bon plaisir du Souverain. Les terres réservées sont expressément décrites comme étant «les parties de nos possessions et territoires»; il est déclaré, que, selon le bon plaisir du Souverain, «pour le présent» elles sont réservées aux Indiens, pour qu'ils y chassent, sous la protection et la surveillance du Souverain. *On a longuement et savamment parlé, au cours des plaidoiries, de la nature exacte du droit indien, mais Leurs Seigneuries estiment qu'il n'est pas nécessaire d'exprimer leur avis sur ce point. Il leur semble suffisant, aux fins de la présente cause, de dire que la Couronne a toujours eu un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien, et qui est devenu un plenum dominium dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint.*

(Les italiques ont été ajoutés.)

L'arrêt *Johnson v. McIntosh*[26], est celui qui est le plus souvent mentionné avec approbation, lorsqu'il est question de la nature des droits aborigènes. C'est l'exposé classique des principes régissant le titre aborigène. Dans ses motifs, le Juge Gould a parlé de cette cause-là comme suit, p. 514:

[TRADUCTION] L'argument le plus connu est celui qui est fondé sur le jugement classique et définitif qui a été rendu par le Juge en chef Marshall des États-Unis, en 1823, dans l'affaire *Johnson v. McIntosh*, (1823) 8 Wheaton, p. 541 et dans lequel ce juriste renommé a donné un aperçu historique de l'attitude de la Couronne britannique envers les droits des

[25] (1888), 14 App. Cas. 46.

[26] (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

them, and an enunciation of the law of the United States on the same subject.

and on p. 518 he said:

For more than 150 years this strong judgment has at various times been cited with approval by such authorities as the House of Lords (*Tamaki v. Baker* [1901] A.C. 561 at 580); the Supreme Court of Canada (*St. Catherine's Milling v. The Queen* (1886) 13 S.C.R. 577, Strong, J. at 610); Court of Appeal for Ontario, (in the same case, (1886)—13 O.A.R. 148, Burton, J.A., at 159-160); Ontario High Court, Chancery Division (in the same case, 10 O.R. 196, Boyd, J., at 209); Court of Appeal for British Columbia (*White and Bob*, supra p. 230); Supreme Court of New Brunswick (*Warman v. Francis* (1958)—20 D.L.R. (2d) 627, Anglin, J., at 630).

Chief Justice Marshall said in *Johnson v. McIntosh*:

On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded an apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendency. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition, which they all asserted, should be regulated as between themselves. This principle was that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession.

The exclusion of all other Europeans necessarily gave to the nation making the discovery the sole right of acquiring the soil from the natives, and establishing settlements upon it. It was a right with which no

aborigènes sur les biens-fonds initialement occupés par ceux-ci et a exposé le droit applicable aux États-Unis à cet égard.

et à la page 518 il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Durant plus de 150 ans, ce jugement convaincant a plusieurs fois été mentionné avec approbation par des instances aussi célèbres que la Chambre des Lords (*Tamaki v. Baker* (1801) A.C. 561, p. 580); la Cour suprême du Canada (*St. Catherine's Milling v. The Queen* (1886) 13 R.C.S. 577, M. le Juge Strong, p. 610); la Cour d'appel de l'Ontario, (dans la même affaire, (1886)—13 O.A.R. 148, M. le Juge d'appel Burton, aux pp. 159 et 160); la Haute Cour de l'Ontario, Chancery Division (dans la même affaire, 10 O.R. 196, M. le Juge Boyd, p. 209); la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*White and Bob*, précité, p. 230); la Cour suprême du Nouveau-Brunswick (*Warman v. Francis* (1958)—20 D.L.R. (2e) 627, M. le Juge Anglin, p. 630).

Dans l'arrêt *Johnson v. McIntosh*, le Juge en chef Marshall a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations européennes étaient pressées de s'approprier autant de territoires qu'il leur était possible. Sa vaste étendue offrait tout ce que pouvait désirer l'ambition et l'esprit d'entreprise de chacun; le caractère et la religion de ses habitants fournissaient une justification permettant de les considérer comme un peuple que le génie supérieur européen pouvait regarder de haut. Les potentats du vieux monde n'ont éprouvé aucune difficulté pour se convaincre qu'ils compensaient amplement les habitants du nouveau continent en leur offrant la civilisation et le Christianisme en échange de leur indépendance absolue. Mais, comme ils étaient tous à la recherche du même objectif ou à peu près, il a été nécessaire, en vue d'éviter des décisions contradictoires et des guerres, d'établir un principe que tous reconnaîtraient comme constituant le droit en vertu duquel le droit d'acquisition, qu'ils revendiquaient tous, devrait être régi entre eux. Ce principe était que par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'établir des colonies. Il s'agissait là d'un

Europeans could interfere. It was a right which all asserted for themselves, and to the assertion of which, by others, all assented.

Those relations which were to exist between the discoverer and the natives, were to be regulated by themselves. The rights thus acquired being exclusive, no other power could interpose between them.

In the establishment of these relations, the rights of the original inhabitants were, in no instance, entirely disregarded; but were necessarily, to a considerable extent, impaired. *They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion*; but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle that discovery gave exclusive title to those who made it.

While the different nations of Europe respected the right of the natives, as occupants, they asserted the ultimate dominion to be in themselves; and claimed and exercised, as a consequence of this ultimate dominion, a power to grant the soil, while yet in possession of the natives. These grants have been understood by all to convey a title to the grantees, subject only to the Indian right of occupancy.

(Emphasis added.)

It is pertinent to quote here what Norris J.A. said of *Johnson v. McIntosh* in *R. v. White and Bob*[27], at pp. 212-13:

. . . The judgment in *Johnson v. McIntosh, supra,* was delivered at an early stage of exploration of this continent and when controversy as to those rights was first becoming of importance. Further, on the consideration of the subject matter of this appeal, it is to be remembered that it was delivered only five years after the Convention of 1818 between Great Britain and the United States (erroneously referred to by counsel as the *Jay Treaty*) providing that the northwest coast of America should be free and open for the term of ten years to the vessels, citizens, and subjects of both powers in order to avoid disputes

[27] (1965), 52 W.W.R. 193.

droit qu'aucun Européen ne pouvait entraver. C'était un droit que chacun faisait valoir pour lui-même, tout en reconnaissant ce droit aux autres.

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer.

Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. *On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré;* mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Les différentes nations européennes respectaient le droit d'occupation des aborigènes, qu'ils pouvaient exercer à leur gré, mais elles revendiquaient la propriété suprême; elles revendiquaient et exerçaient, par suite de ce droit suprême, un pouvoir d'octroyer les terres, alors que celles-ci étaient encore en possession des aborigènes. Ces octrois ont été interprétés par tous comme accordant au cessionnaire un titre, sous réserve uniquement du droit d'occupation indien.

(Les italiques ont été ajoutés.)

Il est bon de mentionner ici les commentaires que le Juge d'appel Norris a faits à propos de l'arrêt *Johnson v. McIntosh* dans l'arrêt *R. v. White and Bob*[27], pp. 212 à 213:

[TRADUCTION] . . . Dans l'affaire *Johnson v. McIntosh* (précitée) le jugement a été rendu à une époque où l'exploration de ce continent et la controverse au sujet de ces droits ont commencé à prendre de l'importance. De plus, en examinant la question dans le présent appel, il faut se rappeler que ce jugement a été rendu cinq ans seulement après la convention de 1818 conclue entre la Grande-Bretagne et les États-Unis (appelée à tort par l'avocat le *traité Jay*), qui prévoyait que la côte nord-ouest de l'Amérique devrait être une zone libre et ouverte, durant 10 ans, en faveur des navires, citoyens, et sujets des deux

[27] (1965), 52 W.W.R. 193.

1973 CanLII 4 (SCC)

between the powers. The rights of Indians were naturally an incident of the implementation of a common policy which was perforce effective as applying to what is now Vancouver Island and the territory of Washington and Oregon, all of which were then Hudson's Bay territories. For these reasons and because the judgment in *Johnson v. McIntosh* was written at a time of active exploration and exploitation of the West by the Americans, it is of particular importance.

The dominant and recurring proposition stated by Chief Justice Marshall in *Johnson v. McIntosh* is that on discovery or on conquest the aborigines of newly-found lands were conceded to be the rightful occupants of the soil with a legal as well as a just claim to retain possession of it and to use it according to their own discretion, but their rights to complete sovereignty as independent nations were necessarily diminished and their power to dispose of the soil on their own will to whomsoever they pleased was denied by the original fundamental principle that discovery or conquest gave exclusive title to those who made it.

Chief Justice Marshall had occasion in 1832 once more to adjudicate upon the question of aboriginal rights in *Worcester v. State of Georgia*[28]. He said at pp. 542-4:

America, separated from Europe by a wide ocean, was inhabited by a distinct people, divided into separate nations, independent of each other and of the rest of the world, *having institutions of their own, and governing themselves by their own laws.* It is difficult to comprehend the proposition that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied; or that the discovery of either by the other should give the discoverer rights in the country discovered which annulled the pre-existing rights of its ancient possessors.

After lying concealed for a series of ages, the enterprise of Europe, guided by nautical science,

[28] (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530, 8 L. ed. 483.

puissances, en vue d'éviter toute dispute entre celles-ci. Les droits des Indiens formaient naturellement une question connexe en ce qui concerne l'application d'un principe directeur commun s'appliquant nécessairement à ce qui est maintenant l'île de Vancouver et les États de Washington et d'Oregon; tous ces territoires étaient alors la propriété de la Compagnie de la baie d'Hudson. Pour ces motifs, et étant donné que le jugement dans l'affaire *Johnson v. McIntosh* (précitée) a été rendu à une époque où les Américains exploraient et exploitaient activement l'Ouest, cet arrêt est particulièrement important.

La proposition principale, celle qui revient toujours et qui a été énoncée par le Juge en chef Marshall dans l'arrêt *Johnson v. McIntosh*, est qu'au moment de la découverte ou de la conquête, les aborigènes des nouvelles terres étaient reconnus comme les occupants de plein droit des terres et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci et les utiliser à leur gré, mais leurs droits à la souveraineté complète en qualité de nations indépendantes se sont trouvés nécessairement diminués et leur pouvoir de disposer de ces terres à leur gré en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte ou la conquête conféraient un titre exclusif.

Dans l'affaire *Worcester v. State of Georgia*[28], le Juge en chef Marshall a eu l'occasion en 1832 de se prononcer de nouveau sur la question des droits aborigènes. Il a dit ce qui suit pp. 542-4:

[TRADUCTION] L'Amérique, séparée de l'Europe par un vaste océan, était habitée par un peuple différent, divisé en nations distinctes, indépendantes l'une de l'autre et vis-à-vis du reste du monde; *elles avaient leurs propres institutions et se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois.* Il est difficile de comprendre que les habitants d'une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l'autre ou sur les terres qu'ils occupaient; ou que celui qui découvrait des terres acquérait des droits sur le pays découvert, droits qui annulaient les droits préexistants de ceux qui en avaient antérieurement eu la possession.

Après être demeurée chez elle durant des siècles, l'Europe, guidée par la science nautique, a mené,

[28] (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530, 8 L. ed. 483.

1973 CanLII 4 (SCC)

conducted some of her adventurous sons into this western world. They found it in possession of a people who had made small progress in agriculture or manufactures, and whose general employment was war, hunting and fishing.

Did these adventurers, by sailing along the coast and occasionally landing on it, acquire for the several governments to whom they belonged, or by whom they were commissioned, a rightful property in the soil from the Atlantic to the Pacific; or rightful dominion over the numerous people who occupied it? Or has nature, or the great Creator of all things, conferred these rights over hunters and fishermen, on agriculturalists and manufacturers?

But power, war, conquest, give rights, which after possession, are conceded by the world; and which can never be controverted by those on whom they descend. We proceed, then, to the actual state of things, having glanced at their origin, because holding it in our recollection might shed some light on existing pretensions.

The great maritime powers of Europe discovered and visited different parts of this continent at nearly the same time. The object was too immense for anyone of them to grasp the whole, and the claimants were too powerful to submit to the exclusive or unreasonable pretensions of any single potentate. To avoid bloody conflicts, which might terminate disastrously to all, it was necessary for the nations of Europe to establish some principle which all would acknowledge, and which should decide their respective rights as between themselves. This principle, suggested by the actual state of things, was "that discovery gave title to the government by whose subjects or by whose authority it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession".

This principle, acknowledged by all Europeans, because it was the interest of all to acknowledge it, gave to the nation making the discovery, as its inevitable consequence, the sole right of acquiring the soil and of making settlements upon it. It was an exclusive principle which shut out the right of competition among those who had agreed to it; not one which could annul the previous rights of those who had not agreed to it. It regulated the right given by discovery among the European discoverers, *but could not affect the rights of those already in possession, either as*

grâce à son esprit d'entreprise, certains de ses fils aventuriers au nouveau monde. Ils ont trouvé celui-ci en la possession d'un peuple qui avait fait peu de progrès dans le domaine agricole ou industriel et qui vivait surtout de la guerre, de la chasse et de la pêche.

En naviguant le long de la côte et en mettant à l'occasion pied à terre, ces aventuriers ont-ils acquis, pour le compte des divers gouvernements auxquels ils appartenaient ou qui leur avaient donné une commission, la propriété légitime des terres situées entre l'Atlantique et le Pacifique; ou ont-ils légitimement soumis les nombreux peuples qui occupaient celles-ci à leur autorité? Ou encore, la nature ou le grand créateur de toutes choses ont-ils conféré aux agriculteurs et industriels ces droits sur des chasseurs ou pêcheurs?

Mais la puissance, la guerre, la conquête, confèrent des droits qui, après la possession, sont reconnus par tous et qui ne peuvent jamais être contestés par ceux sur lesquels ils s'exercent. Nous passons à l'état actuel des choses après avoir jeté un coup d'œil sur leurs origines, le rappel de ces origines pouvant éclairer les prétentions actuelles.

Les grandes puissances maritimes de l'Europe ont découvert et visité différentes parties de ce continent presque à la même époque. Il s'agissait d'un objet trop immense pour que l'une d'entre elles puisse le saisir dans son ensemble et les intéressés étaient trop puissants pour se soumettre aux prétentions exclusives ou déraisonnables d'un seul potentat. En vue d'éviter de sanglants conflits, qui auraient pu avoir des conséquences désastreuses pour chacun, les nations européennes ont dû établir quelque principe que tous reconnaîtraient et qui déciderait des droits respectifs de chacun. Ce principe, comme le suggère l'état actuel des choses, est le suivant: «que par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte s'était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession».

Ce principe, reconnu par tous les Européens, parce qu'il était dans l'intérêt de tous de le reconnaître, conférait donc inévitablement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres et de les coloniser. C'était un principe exclusif qui interdisait toute concurrence entre ceux qui en avaient convenu; ce n'était pas un principe qui pouvait annuler les droits antérieurs de ceux qui ne l'avait pas reconnu. Ce principe réglementait chez les Européens le droit conféré par la découverte, *mais il ne pouvait avoir aucune influence sur les droits de ceux qui*

1973 CanLII 4 (SCC)

aboriginal occupants, or as occupants by virtue of a discovery made before the memory of man. It gave the exclusive right to purchase, but did not found that right on a denial of the right of the possessor to sell.

(Emphasis added.)

See also Chancellor Kent in his *Commentaries on American Law*, (1889), vol. 3, p. 411.

The view that the Indians had a legal as well as a just claim to the territory they occupied was confirmed as recently as 1946 by the Supreme Court of the United States in the case of *United States v. Alcea Band of Tillamooks*[29] In that case it was held that the Indian claims legislation of 1935 did not confer any substantive rights on the Indians, that is, it did not convert a moral claim for taking their land without their consent and without compensation into a legal claim, because they already had a valid legal claim, and there was no necessity to create one. The statute simply removed the necessity that previously existed for the Indians to obtain the consent of the Government of the United States to sue for an alleged wrongful taking. The judgment is based squarely on the recognition by the Court of "original Indian title" founded on their previous possession of the land. It was held that "the Indians have a cause of action for compensation arising out of an involuntary taking of lands held by original Indian title". Vinson C.J. said at p. 45:

The language of the 1935 Act is specific, and its consequences are clear. By this Act Congress neither admitted or denied liability. The Act removes the impediments of sovereign immunity and lapse of time and provides for judicial determination of the designated claims. No new right or cause of action is created. A merely moral claim is not made a legal one.

[29] (1946), 329 U.S. 40.

possédaient déjà les terres, soit en leur qualité d'occupants aborigènes, soit en leur qualité d'occupants par suite d'une découverte préhistorique. Ce principe conférait un droit exclusif d'achat mais ne fondait pas ce droit sur le refus de reconnaître le droit de vente du possesseur.

(Les italiques ont été ajoutés.)

Voir également le chancelier Kent dans ses *Commentaries on American Law*, (1889), vol. 3, p. 411.

L'opinion que les Indiens pouvaient juridiquement et légitimement faire valoir leurs droits sur le territoire qu'ils occupaient a été confirmée récemment, en 1946, par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Alcea Band of Tillamooks*[29]. Dans cette cause-là, il a été décidé que la loi sur les droits indiens de 1935 ne conférait aucun droit fondamental aux Indiens, c.-à-d. qu'elle ne transformait pas un droit moral, découlant de la prise de leurs terres sans leur consentement et sans indemnisation, en un droit juridique, parce qu'ils avaient déjà un droit valide et juridique, et qu'il n'était pas nécessaire de créer pareil droit en leur faveur. La loi libérait simplement les Indiens de l'obligation d'obtenir le consentement du gouvernement américain s'ils voulaient engager des poursuites à la suite d'une dépossession illicite. Le jugement est carrément fondé sur la reconnaissance par la Cour du «titre indien original» découlant d'une possession antérieure des terres. Il décide que [TRADUCTION] «les Indiens ont, en ce qui concerne l'indemnisation, une cause d'action découlant de la dépossession forcée des terres qu'ils détiennent en vertu d'un titre indien original». Le Juge en chef Vinson a dit p. 45:

[TRADUCTION] La loi de 1935 est rédigée en termes clairs, et les conséquences de celle-ci sont claires. Par cette loi, le Congrès n'a ni reconnu ni nié une obligation. La loi annule les obstacles découlant de l'immunité souveraine et de la prescription et édicte que les tribunaux statueront sur les revendications désignées. On ne crée pas quelque nouveau droit ou cause d'action. On ne transforme pas une revendication simplement morale en une revendication juridique.

[29] (1946), 329 U.S. 40.

1973 CanLII 4 (SCC)

It has long been held that by virtue of discovery the title to lands occupied by Indian tribes vested in the sovereign. This title was deemed subject to a right of occupancy in favour of Indian tribes, because of their original and previous possession. It is with the content of this right of occupancy, this original Indian title, that we are concerned here.

As against any but the sovereign, original Indian title was accorded the protection of complete ownership but it was vulnerable to affirmative action by the sovereign, which possessed exclusive power to extinguish the right of occupancy at will. Termination of the right by sovereign action was complete and left the land free and clear of Indian claims. Third parties could not question the justness or fairness of the methods used to extinguish the right of occupancy. Nor could the Indians themselves prevent a taking of tribal lands or forestall a termination of their title. However, it is now for the first time asked whether the Indians have a cause of action for compensation arising out of an involuntary taking of lands held by original Indian title.

. . . . .

A contrary decision would ignore the plain import of traditional methods of extinguishing original Indian title. The early acquisition of Indian lands, in the main, progressed by a process of negotiation and treaty, the first treaties reveal the striking deference paid to Indian claims, as the analysis in *Worcester v. Georgia, supra*, clearly details. It was usual policy not to coerce the surrender of lands without consent and without compensation. *The great drive to open western lands in the 19th century, however, productive of sharp dealing, did not wholly subvert the settled practice of negotiated extinguishment of original Indian title. In 1896, this Court noted that "nearly every tribe and band of Indians within the territorial limits of the United States was under some treaty relations with the government". Marks v. United States,* 161, U.S. 297, 302 (1896). *Something more than sovereign grace prompted the obvious regard given to original Indian title.*

(Emphasis added.)

The same considerations applied in Canada. Treaties were made with the Indians of the

Il a été décidé depuis longtemps que par suite de la découverte, le titre sur les terres occupées par les tribus indiennes était dévolu au souverain. Ce titre était réputé être assujetti à un droit d'occupation en faveur des tribus indiennes, découlant de leur possession initiale antérieure. C'est de l'étendue de ce droit d'occupation, de ce titre indien original, qu'il est question ici.

Vis-à-vis de tous sauf le souverain, le titre indien original était protégé comme un droit complet de propriété mais il était sujet aux actes du souverain, qui avait le pouvoir exclusif d'éteindre le droit d'occupation à son gré. L'extinction de ce droit par un acte souverain était complète et laissait les terres libres des droits indiens. Les parties ne pouvaient pas contester la justice ou la légitimité des méthodes employées en vue d'éteindre le droit d'occupation. Les Indiens eux-mêmes ne pouvaient pas empêcher la prise de leurs terres tribales ou l'extinction de leur titre. Toutefois, on se demande ici pour la première fois si les Indiens ont une cause d'action, en ce qui concerne l'obtention d'une indemnité, par suite de la dépossession forcée des terres qu'ils détiennent en vertu de leur titre indien original.

. . . . .

En décidant le contraire, on méconnaîtrait la valeur évidente des méthodes traditionnelles d'extinction du titre indien original. Dans l'ensemble, au début, l'acquisition des terres indiennes s'est faite au moyen de pourparlers et de traités; les premiers traités révèlent l'importance frappante qui a été accordée aux droits indiens, comme l'analyse de l'arrêt *Worcester v. Georgia*, précité, le montre clairement. La ligne de conduite établie consistait à ne pas obtenir une cession forcée des terres, sans le consentement des Indiens et sans indemnisation. *Toutefois, le grand effort qui a été fourni au 19e siècle en vue de coloniser l'Ouest, et qui a été à l'origine de marchés conclus sans scrupule, n'a pas entièrement remplacé la pratique établie qui consistait à éteindre le titre indien original par suite de pourparlers. En 1896, cette Cour a fait remarquer que:* [TRADUCTION] *«presque toutes les tribus et bandes indiennes dans les limites territoriales des États-Unis ont conclu quelque traité avec le gouvernement.» Marks v. United States* 161, U.S. 297, 302 (1896). *Ce n'est pas uniquement par une bienveillance souveraine que l'on a de toute évidence tenu compte du titre indien original.*

(Les italiques ont été ajoutés.)

Les mêmes considérations s'appliquent au Canada. Des traités visant d'énormes parcelles

1973 CanLII 4 (SCC)

Canadian West covering enormous tracts of land. See Kerr's *Historical Atlas of Canada* (1961), p. 57 (map no. 81). These treaties were a recognition of Indian title.

In *Re Southern Rhodesia*[30], Lord Sumner said at p. 233:

In any case it was necessary that the argument should go the length of showing that the rights, whatever they exactly were, belonged to the category of rights of private property, such that upon a conquest it is to be presumed, in the absence of express confiscation or of subsequent expropriatory legislation, that the conqueror has respected them and forborne to diminish or modify them.

The estimation of the rights of aboriginal tribes is always inherently difficult. Some tribes are so low in the scale of social organization that their usages and conceptions of rights and duties are not to be reconciled with the institutions or the legal ideas of civilized society. Such a gulf cannot be bridged. It would be idle to impute to such people some shadow of the rights known to our law and then to transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them. In the present case it would make each and every person by a fictional inheritance a landed proprietor "richer than all his tribe." *On the other hand, there are indigenous peoples whose legal conceptions, though differently developed, are hardly less precise than our own. When once they have been studied and understood they are no less enforceable than rights arising under English law.*

(Emphasis added.)

Chief Justice Marshall in his judgment in *Johnson v. McIntosh* referred to the English case of *Campbell v. Hall*[31]. This case was an important and decisive one which has been regarded as authoritative throughout the Commonwealth and the United States. It involved the rights and status of residents of the Island of Grenada which had recently been taken by British arms in open war with France. The judgment was given by Chief Justice Mansfield. In his

[30] [1919] A.C. 211.

[31] (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.

de terrains ont été conclus avec les Indiens de l'Ouest canadien. Voir le *Historical Atlas of Canada* (1961), p. 57 (carte n° 81) de Kerr. Ces traités constituaient une reconnaissance du titre indien.

Dans l'arrêt *Re Southern Rhodesia*[30], Lord Summer a dit ce qui suit, p. 233:

[TRADUCTION] De toute façon, il fallait démontrer que les droits, quels qu'ils aient été, faisaient partie de la catégorie des droits de propriété privée, de sorte qu'il faille présumer qu'au moment de la conquête, à défaut d'une confiscation expresse ou d'une loi d'expropriation subséquente, le conquérant les a respectés et a renoncé à les restreindre ou modifier.

Il est toujours difficile d'apprécier quels étaient les droits des tribus aborigènes. Certaines tribus sont tellement au bas de l'échelle, en ce qui concerne leur organisation sociale, qu'il est impossible de concilier leurs usages et notions de droits et d'obligations avec les institutions ou les notions juridiques d'une société civilisée. On ne peut établir aucun pont. Il serait vain d'attribuer à pareils peuples quelque apparence de droits connus dans notre système juridique et de les transposer dans nos notions de droits aliénables de propriété. En l'espèce, en vertu d'une succession créée par fiction, chaque individu deviendrait un propriétaire foncier «plus riche que l'ensemble de la tribu». *D'autre part, il existe des peuples aborigènes dont les notions juridiques, bien qu'elles aient évolué différemment, sont à peine moins précises que les nôtres. Lorsqu'elles ont été étudiées et comprises, elles ne sont pas moins exécutoires que des droits découlant du système anglais.*

(Les italiques ont été ajoutés.)

Dans le jugement qu'il a rendu dans l'affaire *Johnson v. McIntosh*, le Juge en chef Marshall s'est reporté à l'arrêt anglais *Campbell v. Hall*[31]. Cette dernière cause était importante et décisive; elle a été considérée comme faisant autorité dans le Commonwealth et aux États-Unis. Il y était question des droits et du statut des résidents de l'île de Grenade, dont les Britanniques s'étaient récemment emparée à la suite d'une guerre ouverte avec la France. Le juge-

[30] [1919] A.C. 211.

[31] (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.

1973 CanLII 4 (SCC)

reasons he said at p. 1047:

A great deal has been said, and many authorities cited relative to propositions, in which both sides seem to be perfectly agreed; and which, indeed are too clear to be controverted. The stating some of those propositions which we think quite clear, will lead us to see with greater perspicuity, what is the question upon the first point, and upon what hinge it turns. I will state the propositions at large, and the first is this:

A country conquered by the British arms becomes a dominion of the King in the right of his Crown; and, therefore, necessarily subject to the Legislature, the Parliament of Great Britain.

The 2d is, that the conquered inhabitants once received under the King's protection, become subjects, and are to be universally considered in that light, not as enemies or aliens.

The 3d, that the articles of capitulation upon which the country is surrendered, and the articles of peace by which it is ceded, are sacred and inviolable according to their true intent and meaning.

The 4th, that the law and legislative government of every dominion, equally affects all persons and all property within the limits thereof; and is the rule of decision for all questions which arise there. Whoever purchases, lives, or sues there, puts himself under the law of the place. An Englishman in Ireland, Minorca, the Isle of Man, or the plantations, has no privilege distinct from the natives.

The 5th, that the laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror: the absurd exception as to pagans, mentioned in *Calvin's case*, shews the universality and antiquity of the maxim. For that distinction could not exist before the Christian era; and in all probability arose from the mad enthusiasm of the Crusades. In the present case the capitulation expressly provides and agrees, that they shall continue to be governed by their own laws, until His Majesty's further pleasure be known.

The 6th, and last proposition is, that if the King (and when I say the King, I always mean the King without the concurrence of Parliament) has a power to alter the old and to introduce new laws in a

ment a été rendu par le Juge en chef Mansfield. Dans ses motifs, il dit, p. 1047:

[TRADUCTION] Il a été question en détail de propositions, et de nombreux précédents ont été mentionnés à ce sujet, les deux parties semblant être entièrement d'accord; ces propositions sont de fait trop claires pour être contestées. En énonçant certaines de ces propositions, que nous estimons passablement claires, nous serons amenés à constater plus nettement quelle est la première question et de quoi il en ressort. J'énoncerai les propositions d'une façon générale; la première est la suivante:

Tout pays conquis par les forces britanniques devient un dominion du Roi, du chef de la Couronne; par conséquent, il est nécessairement assujetti à l'assemblée législative, au Parlement de la Grande-Bretagne.

Deuxièmement, les habitants conquis, lorsqu'ils ont reçu la protection du Roi, deviennent ses sujets et doivent être universellement considérés comme tels, et non pas comme des ennemis ou des étrangers.

Troisièmement, les actes de capitulation en vertu desquels le pays est abandonné, et les traités de paix en vertu desquels il est cédé, sont sacrés et inviolables, selon l'intention réelle qui y est manifestée.

Quatrièmement, le droit et le gouvernement législatif de chaque dominion régissent toutes les personnes et tous les biens qui s'y trouvent; c'est d'eux que dépend toute question qui s'y pose. Ceux qui achètent, vivent ou engagent des poursuites dans ce dominion se soumettent au droit de l'endroit. L'Anglais qui se trouve en Irlande, à Minorque, à l'Isle de Man ou sur des plantations n'a aucun privilège distinct de celui des autochtones.

Cinquièmement, les lois du pays conquis demeurent en vigueur tant qu'elles ne sont pas modifiées par le conquérant: l'exception absurde faite en ce qui concerne les païens, dont il est fait mention dans l'affaire *Calvin*, montre l'universalité et l'ancienneté de la maxime. Cette distinction ne pouvait pas exister avant l'ère chrétienne; c'est très probablement là une des conséquences de l'enthousiasme délirant qui existait à l'époque des croisades. En la présente espèce, l'acte de capitulation stipule et convient expressément qu'ils continueront à être régis par leurs propres lois, jusqu'à ce que Sa Majesté fasse connaître son bon plaisir.

Sixièmement, la dernière proposition est la suivante: si le Roi (et lorsque je parle du Roi, je veux toujours dire le Roi seul, sans le Parlement) a le pouvoir de modifier les anciennes lois et d'introduire

1973 CanLII 4 (SCC)

conquered country, this legislation being subordinate, that is, subordinate to his own authority in Parliament, he cannot make any new change contrary to fundamental principles: he cannot exempt an inhabitant from that particular dominion; as for instance, from the laws of trade, or from the power of Parliament, or give him privileges exclusive of his other subjects, and so in many other instances which might be put.

A fortiori the same principles, particularly Nos. 5 and 6, must apply to lands which become subject to British sovereignty by discovery or by declaration.

It is of importance that in all those areas where Indian lands were being taken by the Crown treaties were negotiated and entered into between the Crown and the Indian tribe on land then in occupation. The effect of these treaties was discussed by Davey J.A. (as he then was) for the majority in *White and Bob* as follows at p. 197:

> It was the long-standing policy of the Imperial government and of the Hudson's Bay Company that the Crown or the Company should buy from the Indians their land for settlement by white colonists. In pursuance of that policy many agreements, some very formal, others informal, *were made with various bands and tribes of Indians for the purchase of their lands*. These agreements frequently conferred upon the grantors hunting rights over the unoccupied lands so sold. Considering the relationship between the Crown and the Hudson's Bay Company in the colonization of this country, and the Imperial and corporate policies reflected in those agreements, I cannot regard Ex. 8 as a mere agreement for the sale of land made between a private vendor and a private purchaser. In view of the notoriety of these facts, I entertain no doubt that Parliament intended the word "treaty" in sec. 87 to include all such agreements, and to except their provisions from the operative part of the section.

(Emphasis added.)

The Crown appealed *White and Bob* to this Court. Cartwright J. (as he then was) delivered

de nouvelles lois dans un pays conquis, cette législation étant subordonnée, c.-à-d. qu'elle dépend de son propre pouvoir au Parlement, il ne peut apporter aucun changement en contravention des principes fondamentaux: il ne peut pas exempter un habitant du Dominion en question; par exemple, des lois commerciales ou de l'autorité du Parlement, ou lui accorder des privilèges exclusifs; on peut donner bien d'autres exemples.

A fortiori, les mêmes principes, particulièrement les cinquième et sixième principes, doivent s'appliquer aux terres assujetties à la souveraineté britannique par découverte ou par déclaration.

Il importe de noter que dans toutes les régions où des terres indiennes ont été prises par la Couronne, des traités ont été négociés et conclus par la Couronne et les tribus indiennes occupant ces terres. L'effet de ces traités a été examiné par le Juge d'appel Davey (alors juge puîné), au nom de la majorité, dans l'arrêt *White and Bob,* p. 197:

> [TRADUCTION] Le gouvernement impérial et la Compagnie de la Baie d'Hudson ont eu depuis longtemps comme ligne de conduite d'acheter les terres indiennes en vue de la colonisation par les Blancs. En conformité de cette ligne de conduite, de nombreuses ententes, dont certaines comportaient beaucoup de formalités et d'autres pas, *ont été conclues avec diverses bandes et tribus d'Indiens en vue de l'achat de leurs terres*. Ces ententes conféraient fréquemment aux cédants des droits de chasse sur les terres inoccupées ainsi vendues. Compte tenu des relations entre la Couronne et la compagnie de la Baie d'Hudson en ce qui concerne la colonisation de ce pays, et des principes directeurs du gouvernement impérial et de la Compagnie manifestés dans ces ententes, je ne puis considérer que la pièce 8 est une simple entente en vue de la vente de terres, conclue entre un vendeur particulier et un acheteur particulier. Étant donné la notoriété de ces faits, je ne doute aucunement que le Parlement entendait, en employant le terme «traité» à l'article 87, viser toute pareille entente et excepter les dispositions de celle-ci de l'application de la partie opérante de l'article.

(Les italiques ont été ajoutés.)

La Couronne a interjeté appel de l'arrêt *White and Bob* à cette Cour. Le Juge Cartwright (alors

1973 CanLII 4 (SCC)

the oral judgment of the Court dismissing the appeal as follows[32]:

Mr. Berger, Mr. Sanders and Mr. Christie. We do not find it necessary to hear you. We are all of the opinion that the majority in the Court of Appeal were right in their conclusion that the document, Exhibit 8, was a "treaty" within the meaning of that term as used in s. 87 of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149]. We therefore think that in the circumstances of the case, the operation of s. 25 of the *Game Act* [R.S.B.C. 1960, c. 160] was excluded by reason of the existence of that treaty.

In *Attorney General for Quebec* v. *Attorney General for Canada*[33], Duff J. (as he then was) speaking for the Privy Council said at p. 408 that the Indian right was a "usufructuary right only and a personal right in the sense that it is in its nature inalienable except by surrender to the Crown."

The aboriginal Indian title does not depend on treaty, executive order or legislative enactment. Sutherland J., delivering the opinion of the Supreme Court of the United States in *Cramer v. United States*[34], dealt with the subject as follows:

The fact that such right of occupancy finds no recognition in any state or other formal governmental action is not conclusive. The right, under the circumstances here disclosed, flows from a settled governmental policy. *Broder v. Natoma Water & Min. Co.* 101 U.S. 274, 276, 25 L. ed. 790, 791, furnishes an analogy. There this court, holding that the Act of July 26, 1866, 14 Stat. at L. 251, chap. 262 #9, Comp. Stat. #4647, 9 Fed. Stat. Anno. 2d ed. p. 1349, acknowledging and confirming rights of way for the construction of ditches and canals, was in effect declaratory of a pre-existing right, said: "It is the established doctrine of this court that rights of . . . persons who had constructed canals and ditches . . . are rights which the government had, by its conduct, recognized and encouraged and was bound to protect, before the passage of the Act of 1866. We are of opinion that the section of the Act which we have quoted was rather a voluntary *recognition of a pre-EXISTING RIGHT OF POSSESSION*, constituting a

[32] 52 D.L.R. (2d) 481.

[33] [1921] 1 A.C. 401.

[34] (1923), 261 U.S. 219.

juge puîné) a rendu le jugement oral de la Cour qui rejetait l'appel comme suit[32]:

[TRADUCTION] Mes Berger, Sanders et Christie. Nous ne jugeons pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'avis que la majorité de la Cour d'appel a eu raison de conclure que le document, pièce 8, était un «traité» au sens où ce terme est employé à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149. Nous croyons par conséquent que dans les circonstances de l'espèce, l'application de l'art. 25 du *Game Act* [R.S.B.C. 1960, c. 160] était exclue par suite de l'existence de ce traité.

Dans l'arrêt *Attorney General for Quebec v. Attorney General for Canada*[33], le Juge Duff (alors juge puîné), parlant au nom du Conseil privé, a dit, page 408, que le droit indien est un [TRADUCTION] «droit de la nature d'un usufruit seulement et un droit personnel en ce sens que, par sa nature, il est inaliénable, sauf par cession à la Couronne.»

Le titre aborigène indien ne dépend d'aucun traité, ni d'aucune ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative. Le Juge Sutherland, rendant jugement au nom de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Cramer v. United States*[34], a dit à ce sujet ce qui suit:

[TRADUCTION] Le fait que pareil droit d'occupation n'est pas reconnu par quelque acte étatique ou autre acte gouvernemental positif n'est pas concluant. Dans les circonstances ici présentes, le droit découle d'une ligne de conduite gouvernementale établie. L'arrêt *Broder v. Natoma Water & Min. Co.* 101 US 274, 276, 25 L. ed. 790, 791, nous fournit un exemple analogue. Dans cette cause-là, cette Cour, en décidant que la loi du 26 juillet 1866, 14 Stat. at L. 251, chap. 262 #9, Comp. Stat. #4647, 9 Fed. Stat. Anno. 2e éd. p. 1349, reconnaissant et confirmant certains droits de passage en vue de la construction de fossés et de canaux, était déclaratoire d'un droit préexistant, a dit ce qui suit: «Il a été établi par cette Cour que les droits des . . . personnes qui avaient construit des fossés et des canaux . . . sont des droits que le gouvernement avait, par son comportement, reconnus et encouragés et qu'il était tenu de protéger, avant l'adoption de la loi de 1866. Nous sommes d'avis que l'article de la loi que nous avons cité constitue une

[32] 52 D.L.R. (2d) 481.

[33] [1921] 1 A.C. 401.

[34] (1923), 261 U.S. 219.

1973 CanLII 4 (SCC)

valid claim to its continued use, than the establishment of a new one."

The Court of Appeal in its judgment cited and purported to rely on *United States v. Santa Fe Pacific Ry. Co.*[35]. This case must be considered to be the leading modern judgment on the question of aboriginal rights. In my view the Court of Appeal misapplied the *Santa Fe* decision. This becomes clear when the judgment of Douglas J. in *Santa Fe* is read. He said:

Occupancy necessary to establish aboriginal possession is a question of fact to be determined as any other question of fact. If it were established as a fact that the lands in question were, or were included in, the ancestral home of the Walapais in the sense that they constituted definable territory occupied exclusively by the Walapais (as distinguished from lands wandered over by many tribes), then the Walapais had "Indian title" which unless extinguished survived the railroad grant of 1866. *Buttz v. Northern Pacific Railroad* [119 U.S. 55].

. . . . . .

Whatever may have been the rights of the Walapais under Spanish law, the *Cramer* case assumed that lands within the Mexican Cession were not excepted from the policy to respect Indian right of occupancy. Though the *Cramer* case involved the problem of individual Indian occupancy, this Court stated that such occupancy was not to be treated differently from "the original nomadic tribal occupancy." [261 U.S. p. 227]. Perhaps the assumption that aboriginal possession would be respected in the Mexican Cession was, like the generalizations in *Johnson v. McIntosh*, 8 Wheat. 543, not necessary for the narrow holding of the case. But such generalizations have been so often and so long repeated as respects land under the prior sovereignty of the various European nations including Spain, that like other rules governing titles to property (*United States v. Title Ins. & T. Co.* 265 U.S. 472, 486-487) they should now be considered no longer open.

[35] (1941), 314 U.S. 339.

reconnaissance de plein gré *D'UN DROIT DE POSSESSION PRÉEXISTANT*, autorisant toute revendication valable en vue de la continuation de l'exercice de ce droit, plutôt que l'établissement d'un nouveau droit.»

Dans son jugement, la Cour d'appel s'est reportée à l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific Ry. Co.*[35], et a voulu se fonder sur cet arrêt. Il faut considérer que cette cause est celle qui fait actuellement autorité en matière des droits aborigènes. A mon avis, la Cour d'appel a mal appliqué la décision rendue dans l'affaire *Santa Fe*. C'est ce qui ressort clairement du jugement que le Juge Douglas a rendu dans l'affaire *Santa Fe*. Il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] L'occupation requise en vue d'établir la possession aborigène constitue une question de fait à décider comme toute autre question de fait. S'il était établi que les terres en question faisaient partie de la patrie ancestrale des Walapais ou étaient comprises dans celle-ci, en ce sens qu'elles constituaient un territoire définissable occupé exclusivement par les Walapais (par opposition aux terres sur lesquelles erraient de nombreuses tribus), les Walapais avaient un «titre indien» qui, s'il n'a pas été éteint, a continué d'exister malgré la concession ferroviaire de 1866. Arrêt *Buttz v. Northern Pacific Railroad*, [119 U.S. 55].

. . . . . .

Quels qu'aient pu être les droits des Walapais en vertu de droit espagnol, dans l'arrêt *Cramer* il est présumé que les terres dans les limites de la cession mexicaine n'étaient pas exceptées de la ligne de conduite qui voulait que le droit d'occupation indien soit respecté. Dans l'arrêt *Cramer*, il était question du problème du droit d'occupation d'un particulier d'origine indienne, mais cette Cour a déclaré que pareille occupation ne devait pas être traitée différemment de «l'occupation originale par les tribus nomades» [261 U.S. p. 227]. La présomption que le droit de possession aborigène serait respecté dans les limites de la cession mexicaine n'était peut-être pas requise aux fins d'une décision stricte de l'affaire, tout comme les généralités énoncées dans l'arrêt *Johnson v. McIntosh*, 8 Wheat. 543. Mais pareilles généralités ont été si souvent et si longuement réitérées, en ce qui concerne les terres qui avaient anciennement été sous la souveraineté de diverses nations européennes, dont l'Espagne, que, comme les autres règles régissant les titres de biens-fonds (*United States v. Title Ins. & T. Co.* 265 U.S. 472, 486-487), elles ne devraient plus être considérées comme contestables.

[35] (1941), 314 U.S. 339.

1973 CanLII 4 (SCC)

. . . . .

Nor is it true, as respondent urges, that a tribal claim to any particular lands must be based upon a treaty, statute, or other formal government action. As stated in the *Cramer* case, "The fact that such right of occupancy finds no recognition in any state or other formal governmental action is not conclusive." 261 U.S. at 229.

It is apparent also that the Court of Appeal misapprehended the issues involved in *United States v. Alcea Band of Tillamooks*[36]. This is clear from the judgment of Davis J. in *Lipan Apache Tribe v. United States*[37]. In that case it was argued unsuccessfully that affirmative recognition by Texas prior to entering the Union was essential to any legal assertion of Indian title. The Court said:

On this motion to dismiss we must accept the factual allegation that the claimant tribes had used and occupied designated lands in Texas to the exclusion of other peoples for many years. Such continuous and exclusive use of property is sufficient, unless duly extinguished, to establish Indian or aboriginal title. See, *e.g.*, *Sac and Fox Tribe v. United States* 179 Ct. Cl. 8, 21-22 (1967) and cases cited. We know that, prior to the creation of the Republic of Texas in 1836, the previous sovereigns, Spain and Mexico (and France to some extent), did not cut off the aboriginal rights of the Indians within their territories on the North American continent. The Supreme Court has clearly indicated that lands formerly under Spanish, Mexican or French sovereignty are not to be treated differently, for purposes of determining Indian title, from other property within this nation. *United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, 314 U.S. 339, 345-46 (1941). In each instance, Indian possession, when proved, must be accorded proper respect. *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 571, 574, 592 (1823); *Mohave Tribe v. United States*, 7 Ind. Cl. Comm. 219, 260-61 (1959), *Washoe*

[36] (1946), 329 U.S. 40.

[37] (1967), 180 Ct. Cl. 487.

. . . . .

Il n'est pas vrai non plus, comme le soutient l'intimée, que tout droit tribal sur quelque terre particulière doit être fondé sur un traité, sur une loi, ou sur quelque autre acte positif du gouvernement. Comme il a été déclaré dans l'arrêt *Cramer*, «le fait que pareil droit d'occupation n'est pas reconnu par quelque acte étatique ou autre acte gouvernemental positif n'est pas concluant». 261 U.S. p. 229.

Il est également évident que la Cour d'appel a mal compris les questions qui étaient en jeu dans l'affaire *United States v. Alcea Band of Tillamooks*[36]. C'est ce qui ressort clairement du jugement que le Juge Davis a rendu dans l'affaire *Lipan Apache Tribe v. United States*[37]. Dans cette cause-là, il a été soutenu sans succès que la reconnaissance positive par le Texas, avant de devenir membre de l'Union, du titre indien, était essentielle en ce qui concernait toute revendication juridique de celui-ci. La Cour a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Eu égard à cette requête en vue d'obtenir le rejet, nous devons accepter l'allégation de fait que les tribus réclamantes avaient utilisé et occupé durant de nombreuses années les terres désignées au Texas et ce, à l'exclusion de tout autre peuple. Pareille utilisation continue et exclusive est suffisante, à moins que le droit n'ait été dûment éteint, en vue d'établir le titre indien ou aborigène. Voir, par exemple, *Sac and Fox Tribe v. United States*. 179 Ct. Cl. 8, 21-22 (1967) et les arrêts qui y sont mentionnés. Nous savons qu'avant la création de la République du Texas en 1836, les souverains précédents, l'Espagne et le Mexique (et dans une certaine mesure, la France) n'ont pas éteint les droits aborigènes des Indiens dans les limites des territoires qu'ils possédaient en Amérique du Nord. La Cour suprême a clairement indiqué que les terres qui étaient auparavant sous la souveraineté de l'Espagne, du Mexique ou de la France ne doivent pas être traitées différemment, en ce qui concerne la question du titre indien, des autres terres de la nation. *United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, 314 U.S. 339, 345-46 (1941). Dans chaque cas, la possession indienne, lorsqu'elle est

[36] (1946), 329 U.S. 40.

[37] (1967), 180 Ct. Cl. 487.

1973 CanLII 4 (SCC)

Tribe v. United States, 7 Ind. Cl. Comm. 266, 288 (1959).

The Claims Commission has found, however, that, even if the claimants had once possessed aboriginal title to the lands, that right of occupancy was lost after 1836 when Texas became an independent country. The Commission appeared to believe that the survival of aboriginal title depends upon affirmative recognition by the sovereign and that the Republic "did not accord the Indian(s) the right of occupancy . . ."; without such a right to lands in Texas, at the time of annexation, the tribes failed to prove a necessary element of their cause of action and were barred from recovery.

To the extent that the Commission and the appellee believe that affirmative governmental recognition or approval is a prerequisite to the existence of original title, we think they err. Indian title based on aboriginal possession does not depend upon sovereign recognition or affirmative acceptance for its survival. Once established in fact, it endures until extinguished or abandoned. *United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, supra, 314 U.S. at 345, 347. It is "entitled to the respect of all courts until it should be legitimately extinguished . . .". *Johnson v. McIntosh*, supra, 21 U.S. (8 Wheat.) at 592. See *Clark v. Smith*, 38 U.S. (13 Pet.) 195, 201 (1839); *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 405, 420, 439 (1832); *Mohave Tribe v. United States*, supra, 7 Ind. Cl. Comm. at 262.

The correct inquiry is, not whether the Republic of Texas accorded or granted the Indians any rights, but whether that sovereign extinguished their pre-existing occupancy rights. Extinguishment can take several forms; it can be effected "by treaty, by the sword, by purchase, by the exercise of complete dominion adverse to the right of occupancy, or otherwise . . .". *United States v. Santa Fe Pac. R.R., supra*, 314 U.S. at 347. While the selection of a means is a governmental prerogative, the actual act (or acts) of extinguishment must be plain and unambiguous. *In the absence of a "clear and plain indication" in the public records that the sovereign "intended to extinguish all of the [claimants'] rights" in their property, Indian title continues. Id.* at 353.

(Emphasis added.)

établie, doit être dûment respectée. *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 571, 574, 592 (1823); *Mohave Tribe v. United States*, 7 Ind. Cl. Comm. 219, 260-61, (1959), *Washoe Tribe v. United States*, 7 Ind. Cl. Comm. 266, 288 (1959).

La Claims Commission a conclu, toutefois, que même si les réclamants avaient déjà possédé un titre aborigène sur les terres, ce droit d'occupation a été éteint en 1836, lorsque le Texas a acquis son indépendance. La Commission semblait croire que le maintien du titre aborigène dépend d'une reconnaissance expresse du souverain et que la République «n'avait pas accordé aux Indiens un droit d'occupation . . . »; à défaut de pareil droit sur les terres du Texas, au moment de l'annexion, les tribus avaient omis de prouver un élément nécessaire à l'égard de leur droit d'action et n'étaient pas recevables à obtenir un recouvrement.

Pour autant que la Commission et l'intimé croient que la reconnaissance ou l'approbation expresse du gouvernement est une condition nécessaire à l'existence du titre original, nous estimons qu'ils se trompent. Le maintien du titre indien fondé sur la possession aborigène ne dépend pas d'une reconnaissance souveraine ou d'une acceptation expresse. Une fois qu'il est de fait établi, il demeure tant qu'il n'est pas éteint ou abandonné. Arrêt *United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, précité, 314 U.S., 345, 347. Il a «droit au respect de toutes les cours tant qu'il n'est pas légitimement éteint . . .». Arrêt *Johnson v. McIntosh*, précité, 21 U.S. (8 Wheat.) p. 592. *Voir Clark v. Smith*, 38 U.S. (13 Pet.) 195, 201 (1839): *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 405, 420, 439 (1832); *Mohave Tribe v. United States*, précité, 7 Ind. Cl. Comm. p. 262.

Nous devons en fait nous demander non pas si la République du Texas a accordé ou octroyé aux Indiens certains droits, mais si elle a éteint leurs droits d'occupation préexistants. L'extinction peut se faire sous diverses formes; elle peut se faire «par traité, par les armes, par achat, par l'exercice d'une suprématie complète niant le droit d'occupation ou autrement . . .». Arrêt *United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, précité, 314 U.S. p. 347. Le choix du mode d'extinction est une prérogative gouvernementale, mais l'acte (ou les actes) réel(s) d'extinction doit être clair et sans ambiguïté. *A défaut d'une «indication claire et expresse» dans les dossiers publics que le souverain «voulait éteindre tous les droits des réclamants» sur leurs biens, le titre indien demeure.* Id., p. 353.

(Les italiques ont été ajoutés.)

1973 CanLII 4 (SCC)

Surely the Canadian treaties, made with much solemnity on behalf of the Crown, were intended to extinguish the Indian title. What other purpose did they serve? If they were not intended to extinguish the Indian right, they were a gross fraud and that is not to be assumed. Treaty No. 8 made in 1899 was entered into on behalf of Queen Victoria and the representatives of Indians in a section of British Columbia and the Northwest Territories. The treaty was ratified by the Queen's Privy Council in Canada. Certain statements in the treaty are entirely inconsistent with any argument or suggestion that such rights as the Indians may have had were extinguished prior to Confederation in 1871. The treaty reads in part:

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

. . . . . .

And also the said Indian rights, title and privileges whatsoever to all other lands wherever situated in the North-West Territories, British Columbia, or in any other portion of the Dominion of Canada.

To have and to hold the same to Her Majesty the Queen and her successors forever.

(Emphasis added.)

If there was no Indian title extant in British Columbia in 1899, why was the treaty negotiated and ratified?

Paralleling and supporting the claim of the Nishgas that they have a certain right or title to the lands in question is the guarantee of Indian rights contained in the Proclamation of 1763. This Proclamation was an Executive Order having the force and effect of an Act of Parlia-

A coup sûr, les traités canadiens, conclus si solennellement par la Couronne, étaient destinés à éteindre le titre indien. Quel autre objectif pouvaient-ils avoir? S'ils n'étaient pas destinés à éteindre le titre indien, il s'agissait d'une farce monumentale, ce qu'il ne faut pas présumer. Le traité n° 8 de 1899 a été conclu par la reine Victoria et les représentants des Indiens d'une partie de la Colombie-Britannique et des territoires du Nord-Ouest. Le traité a été ratifié par le Conseil privé de la Reine au Canada. Certaines déclarations figurant dans le traité sont entièrement incompatibles avec quelque argument ou présomption que les droits que les Indiens ont pu avoir ont été éteints avant l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération en 1871. Le traité se lit partiellement comme suit:

[TRADUCTION] Et considérant que lesdits Commissaires ont négocié un traité avec les Cree, les Beaver, les Chipewyan et d'autres Indiens habitant le district ci-après défini et décrit, et que celui-ci a été accepté et conclu par les bandes respectives aux dates mentionnées ci-dessous, lesdits Indiens CÈDENT, REMETTENT ET ABANDONNENT PAR LES PRÉSENTES au Gouvernement du Dominion du Canada, pour le bénéfice de Sa Majesté la Reine et de ses ayants droit à perpétuité, *tous leurs droits, titres et privilèges, quels qu'ils soient, sur les terres comprises dans les limites suivantes,* soit . . .

. . . . . .

Ainsi que lesdits droits, titres et privilèges indiens, quels qu'ils soient, sur tous les autres biens-fonds situés dans les territoires du Nord-Ouest, en Colombie-Britannique ou dans quelque autre partie du Dominion du Canada.

Pour appartenir à Sa Majesté la Reine et à ses ayants droit à perpétuité.

(Les italiques ont été ajoutés.)

S'il n'existait aucun titre indien en Colombie-Britannique en 1899, pourquoi le traité a-t-il été négocié et ratifié?

De plus, à l'appui de la revendication des Nishgas qu'ils ont un certain droit ou titre sur les biens-fonds en question se trouve la garantie énoncée dans la Proclamation de 1763 au sujet des droits indiens. Cette Proclamation était une ordonnance du pouvoir exécutif ayant l'effet

1973 CanLII 4 (SCC)

ment and was described by Gwynne J. in *St. Catharine's Milling* case at p. 652 as the "Indian Bill of Rights": see also *Campbell v. Hall*. Its force as a statute is analogous to the status of Magna Carta which has always been considered to be the law throughout the Empire. It was a law which followed the flag as England assumed jurisdiction over newly-discovered or acquired lands or territories. It follows, therefore, that the *Colonial Laws Validity Act* applied to make the Proclamation the law of British Columbia. That it was regarded as being the law of England is clear from the fact that when it was deemed advisable to amend it the amendment was effected by an Act of Parliament, namely, the *Quebec Act* of 1774.

In respect of this Proclamation, it can be said that when other exploring nations were showing a ruthless disregard of native rights England adopted a remarkably enlightened attitude towards the Indians of North America. The Proclamation must be regarded as a fundamental document upon which any just determination of original rights rests. Its effect was discussed by Idington J. in this Court in *Province of Ontario v. Dominion of Canada*[38], at pp. 103-4 as follows:

> A line of *policy* begotten of prudence, humanity and justice adopted by the British Crown to be observed in all future dealings with the Indians in respect of such rights as they might suppose themselves to possess was outlined in the Royal Proclamation of 1763 erecting, after the Treaty of Paris in that year, amongst others, a separate government for Quebec, ceded by that treaty to the British Crown.
>
> *That policy adhered to thenceforward, by those responsible for the honour of the Crown led to many treaties whereby Indians agreed to surrender such rights as they were supposed to have in areas respectively specified in such treaties.*
>
> In these surrendering treaties there generally were reserves provided for Indians making such surrenders

[38] (1909), 42 S.C.R. 1.

d'une loi du Parlement et elle a été décrite par le Juge Gwynne dans l'arrêt *St. Catharines Milling*, p. 652, comme étant la «Déclaration des droits indiens»: voir également *Campbell v. Hall*. Sa force de loi est analogue au statut de la Magna Carta, qui a toujours été considérée comme étant la loi à travers l'Empire. Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis. Par conséquent, il s'ensuit que le *Colonial Laws Validity Act* s'est appliqué de façon à donner effet à la Proclamation en Colombie-Britannique. Il est clair qu'elle était considérée comme faisant partie du droit anglais, étant donné que lorsqu'il a été jugé recommandable de la modifier, cela s'est fait par une loi du Parlement, soit, l'*Acte de Québec* de 1774.

En ce qui concerne cette Proclamation, on peut dire qu'alors que les autres nations exploratrices ont montré une indifférence impitoyable à l'égard des droits aborigènes, l'Angleterre a adopté une attitude remarquablement éclairée envers les Indiens de l'Amérique du Nord. La Proclamation doit être considérée comme un document fondamental sur lequel il faut se fonder en statuant sur les droits originaux. Son effet a été étudié par le Juge Idington, en cette Cour, dans l'arrêt *Province of Ontario c. Dominion of Canada*[38], pp. 103-104:

> [TRADUCTION] Une *ligne de conduite* pleine de prudence, d'humanité et de justice adoptée par la Couronne britannique pour qu'elle soit observée dans tout marché éventuel conclu avec les Indiens à l'égard des droits qu'ils pourraient penser avoir a été énoncée dans la Proclamation royale de 1763, qui créait, à la suite du traité de Paris conclu la même année, entre autres, un gouvernement distinct pour le Québec, cédé par ce traité à la Couronne britannique.
>
> *Cette ligne de conduite, suivie par la suite par les représentants de la Couronne, a entraîné la conclusion de nombreux traités en vertu desquels les Indiens acceptaient de céder les droits qu'ils étaient censés avoir sur la région désignée dans pareils traités.*
>
> Dans ces traités de cession, on stipulait généralement la création de réserves pour les Indiens qui

[38] (1909), 42 R.C.S. 1.

1973 CanLII 4 (SCC)

to enter into or be confined to for purposes of residence.

The history of this mode of dealing is very fully outlined in the judgment of the learned Chancellor Boyd in the case of *The Queen v. St. Catharines Milling Co.* 10 O.R. 196, affirmed 13 O.A.R. 148.

(Italics added.)

The question of the Proclamation's applicability to the Nishgas is, accordingly, relevant in this appeal. The point has been before provincial Courts in Canada on a number of occasions but never specifically dealt with by this Court.

It is necessary, therefore, to face the issue as one of first impression and to decide it with due regard to the historical record and the principles of the common law.

The judges of the Court of Appeal of British Columbia have disagreed on this important question. Norris J.A. in *White and Bob* dealt exhaustively with the subject at pp. 218 to 232 of his reasons, saying in part at p. 218:

The royal proclamation of 1763 was declaratory and confirmatory of the aboriginal rights and applied to Vancouver Island.

For the British, the proclamation of 1763 dealt with a new situation arising from the war with the French in North America, in which Indians to a greater or less degree took an active part on both sides, and, incidentally, from the Treaty of Paris of 1763 which concluded the war. The problem which then faced the British was the management of a continent by a power, the interests of which had theretofore been confined to the sea coast. As exploration advanced, the natives of the interior and the western reaches must be pacified, trade promoted, sovereignty exercised and justice administered even if only in a general way, until such time as British settlement could be established. It was a situation which was to face the Imperial power in varying degree and in various parts of the continent until almost the close of the 19th century. In the circumstances, it was vital that aboriginal rights be declared and the policy pertaining

effectuaient pareilles cessions, réserves auxquelles ils avaient accès ou auxquelles ils étaient confinés, à des fins résidentielles.

L'historique de cette façon de procéder est exposé en détail dans le jugement que le savant chancelier Boyd a rendu dans l'affaire *The Queen v. St. Catharines Milling Co.* 10 O.R. 196, confirmé 13 O.A.R. 148.

(Les italiques ont été ajoutés.)

La question de la possibilité d'appliquer la Proclamation aux Nishgas est par conséquent pertinente dans le présent appel. Certaines cours provinciales canadiennes ont été saisies de cette question à diverses reprises; mais elle n'a jamais été spécifiquement traitée par cette Cour.

Il est donc nécessaire de répondre à cette question pour la première fois et de la décider en tenant dûment compte des dossiers historiques et des principes de la common law.

Les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'étaient pas d'accord sur cette question importante. Dans l'arrêt *White and Bob*, le Juge d'appel Norris a examiné cette question d'une façon exhaustive, aux pp. 218 à 232 de ses motifs; il a dit en partie ce qui suit, p. 218:

[TRADUCTION] La proclamation royale de 1763 reconnaissait et confirmait les droits aborigènes et s'appliquait à l'île de Vancouver.

En ce qui concerne les Britanniques, la proclamation de 1763 traitait d'une nouvelle situation découlant de la guerre qu'ils avaient faite aux Français en Amérique du Nord et à laquelle les Indiens avaient plus ou moins activement participé, d'un côté ou de l'autre, et, incidemment, du traité de Paris de 1763, qui mettait fin à la guerre. Les Britanniques ont alors eu à faire face à l'administration d'un continent par une puissance dont les intérêts étaient jusqu'à alors limités à la région côtière. Au fur et à mesure des explorations, les aborigènes de l'intérieur et de l'Ouest ont dû être pacifiés, le commerce a dû être encouragé, la souveraineté a dû être exercée et la justice administrée, ne serait-ce que d'une façon générale, jusqu'à ce que les Britanniques puissent coloniser des régions. C'est une situation à laquelle la puissance impériale a dû plus ou moins faire face en diverses parties du continent jusque vers la fin du 19e

1973 CanLII 4 (SCC)

thereto defined. This was the purpose and the substance of the royal proclamation of 1763. The principles there laid down continued to be the charter of Indian rights through the succeeding years to the present time—recognized in the various treaties with the United States in which Indian rights were involved and in the successive land treaties made between the Crown and the Hudson's Bay Company with the Indians.

concluding correctly that the Proclamation was declaratory of the aboriginal rights and applied to Vancouver Island. It follows that if it applied to Vancouver Island it also applied to the Indians of the mainland. Sheppard J.A., with whom Lord J.A. agreed, held that the Proclamation did not apply to Vancouver Island. This Court upheld the majority judgment but did not deal with the question of whether or not the Proclamation extended to include territory in British Columbia.

In the judgment under appeal, Gould J. accepted the views of Sheppard and Lord JJ.A. in preference to that of Norris J.A. In my view the opinion of Sheppard J.A. in *White and Bob* was based on incomplete research as to the state of knowledge of the existence of the land mass between the Rocky Mountains and the Pacific Ocean in 1763.

In *R. v. Sikyea*[39], at p. 66, Johnson J.A. said:

The right of Indians to hunt and fish for food on unoccupied crown lands has always been recognized in Canada—in the early days as an incident of their "ownership" of the land, and later by the treaties by which the Indians gave up their ownership right in these lands. McGillivray, J.A. in *Rex v. Wesley*, [1932] 2 WWR 337, 26 Alta LR 433, 58 CCC 269, discussed quite fully the origin, history and nature of the right of the Indians both in the lands and under the treaties by which these were surrendered and it is unnecessary to repeat what he has said. It is sufficient to say that these rights had their origin in the royal proclamation that followed the *Treaty of Paris*

[39] (1964), 46 W.W.R. 65.

siècle. Dans ces conditions, il était crucial que les droits aborigènes soient reconnus et que la ligne de conduite y afférente soit définie. C'était là le but et le fondement de la proclamation royale de 1763. Les principes qui y ont été énoncés ont continué par la suite à être la charte des droits indiens, jusqu'à l'époque actuelle—ils ont été reconnus dans divers traités avec les États-Unis visant les droits indiens et dans les traités subséquents visant certaines terres et conclus entre la Couronne ou la Compagnie de la Baie d'Hudson et les Indiens.

le juge a conclu avec raison que la Proclamation reconnaissait les droits aborigènes et s'appliquait à l'île de Vancouver. Par conséquent, si elle s'appliquait à l'île de Vancouver, elle s'applique également aux Indiens du continent. Le Juge d'appel Sheppard, à l'avis duquel le Juge d'appel Lord a souscrit, a décidé que la Proclamation ne s'appliquait pas à l'île de Vancouver. Cette Cour a confirmé le jugement majoritaire mais ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la Proclamation allait jusqu'à comprendre les terres situées en Colombie-Britannique.

Dans le jugement *a quo*, le Juge Gould a adopté les vues des Juges d'appel Sheppard et Lord plutôt que celles du Juge d'appel Norris. A mon sens, l'avis que le Juge d'appel Sheppard a exprimé dans l'affaire *White and Bob* était fondé sur une documentation incomplète quant à la connaissance que l'on avait de l'existence des terres situées entre les Rocheuses et le Pacifique en 1763.

Dans l'arrêt *R. v. Sikyea*[39], p. 66, le Juge d'appel Johnson a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le droit qu'ont les Indiens de chasser et de pêcher en vue de se procurer leur nourriture sur les terres inoccupées de la Couronne a toujours été reconnu au Canada—au début, à titre de droit connexe à leur droit de «propriété» sur les terres, puis, par les traités en vertu desquels les Indiens ont cédé leur droit de propriété sur ces terres. Dans l'arrêt *Rex v. Wesley* [1932] 2 WWR 337, 26 Alta LR 433, 58 CCC 269, le Juge d'appel McGillivray a examiné passablement en détail l'origine, l'historique et la nature du droit que les Indiens ont sur les terres et en vertu des traités dans lesquels ils ont cédé celles-ci; il est inutile de reprendre ce qu'il a dit. Il suffit de dire

[39] (1964), 46 W.W.R. 65.

1973 CanLII 4 (SCC)

in 1763. By that proclamation it was declared that the Indians

> ". . . should not be molested or disturbed in the possession of such parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us are reserved to them or any of them as their hunting grounds."

The Indians inhabiting Hudson Bay Company lands were excluded from the benefit of the proclamation, and it is doubtful, to say the least, if the Indians of at least the western part of the Northwest Territories could claim any rights under the proclamation, for these lands at the time were *terra incognita* and lay to the north and not "to the westward of the sources of the river which fall into the sea from the west or northwest," (from the 1763 proclamation describing the area to which the proclamation applied). That fact is not important because the government of Canada has treated all Indians across Canada, including those living on lands claimed by the Hudson Bay Company, as having an interest in the lands that required a treaty to effect its surrender.

This Court expressed its agreement with the views of Johnson J.A. in *Sikyea v. The Queen*[40], at p. 646, where, speaking for the Court, I said:

> On the substantive question involved, I agree with the reasons for judgment and with the conclusions of Johnson J.A. in the Court of Appeal, [*supra*]. He has dealt with the important issues fully and correctly in their historical and legal settings, and there is nothing which I can usefully add to what he has written.

The wording of the Proclamation itself seems quite clear that it was intended to include the lands west of the Rocky Mountains. The relevant paragraph reads:

> And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our Said Three New Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also

[40] [1964] S.C.R. 642.

que ces droits ont pour origine la proclamation royale qui a suivi le traité de Paris en 1763. Par cette proclamation, il était déclaré que les Indiens devaient être assurés de

> «. . . la possession entière et paisible des parties de nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées par Nous, et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse.»

Les Indiens habitant les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson n'étaient pas visés par la proclamation; il est pour le moins douteux que les Indiens de la partie ouest des territoires du Nord-ouest au moins, puissent revendiquer quelque droit en vertu de la proclamation, étant donné que ces terres, à cette époque, étaient *terra incognita* et étaient situées au nord et non pas «à l'ouest de la source des fleuves qui se jettent dans la mer à partir de l'ouest ou du nord-ouest,» (citation de la proclamation de 1763 décrivant la région à laquelle s'appliquait celle-ci). Ce fait importe peu parce que le gouvernement canadien a considéré que tous les Indiens du Canada y compris ceux qui habitaient sur des terres réclamées par la Compagnie de la Baie d'Hudson, avaient un intérêt sur les terres et que la cession de cet intérêt devait se faire par traité.

Cette Cour a souscrit à l'avis du Juge d'appel Johnson, dans l'arrêt *Sikyea v. La Reine*[40], p. 646, dans lequel, parlant au nom de la Cour, j'ai dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Eu égard à la question fondamentale ici en jeu, je souscris aux motifs et aux conclusions du Juge d'appel Johnson en Cour d'appel, (1964) 2 C.C.C. 325, 43 C.R. 83, 46 W.W.R. 65. Il a parlé en détail et avec exactitude des questions importantes, compte tenu de leur contexte historique et juridique; je n'ai rien d'utile à ajouter à ce qu'il a déjà écrit.

Le libellé de la Proclamation elle-même montre d'une façon passablement claire qu'elle devait inclure les terres à l'ouest des Rocheuses. L'alinéa pertinent se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté, de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits Indiens, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compa-

[40] [1964] R.C.S. 642.

1973 CanLII 4 (SCC)

all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid;

The only territories not included were: (1) Those within the limits of the three new governments; and (2) Within the limits of the territory granted to the Hudson's Bay Company. The concluding sentence of the paragraph just quoted, "as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid;" shows clearly that the framers of the paragraph were well aware that there was territory to the west of the sources of the rivers which ran from the west and northwest.

Sheppard J.A. in *White and Bob* founded his opinion that the Proclamation did not extend to the lands west of the Rockies in part upon the statement that in 1763 the areas of British Columbia west of the Rockies were *terra incognita*. Such a view is not at all flattering to the explorers and rulers of England in 1763. The knowledgeable people in England were not unaware that the Russians were by 1742 carrying on a fur-trading business with the natives of what we now know as the Alaskan Panhandle. In 1721 a Dane, Captain Bering, under orders from the Emperor of Russia, had sailed from Kamtschatka to determine if Asia and America were joined or separate. He did determine that the two continents were separate, and in so doing gave his name to Bering Strait. Arctic explorers from Europe and England had been trying to find the fabled Northwest Passage for a considerable time prior to 1763; amongst them Frobisher in 1576-8 and Hudson prior to his disappearance in 1610. The Hudson's Bay Company had been operating in the area west of Hudson Bay and to the Rockies for almost a century prior to 1763, and although it was 30 years more before Alexander Mackenzie crossed the Rockies to the Pacific, the thought of so doing had intrigued explorers for many years. Anthony Hendry for Hudson's Bay Company travelled to the Rockies by way of the Red Deer River in 1754 and into the mountains in

gnie de la Baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest, vont se jeter dans la mer;

Les seuls territoires non compris étaient les suivants: (1) ceux qui se trouvaient dans les limites des trois nouveaux gouvernements; et (2) ceux qui se trouvaient dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson. La dernière phrase de l'alinéa précité, «ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer;» montre clairement que ceux qui ont rédigé l'alinéa étaient bien au courant qu'il y avait des terres à l'ouest de la source des fleuves qui coulent depuis l'ouest et le nord-ouest.

Dans l'arrêt *White and Bob*, le Juge d'appel Sheppard a fondé son avis que la Proclamation ne visait pas les terres à l'ouest des Rocheuses en partie sur la déclaration qu'en 1763 les régions de la Colombie-Britannique situés à l'ouest des Rocheuses étaient «*terra incognita*». Pareil avis n'est du tout flatteur pour les explorateurs et les dirigeants de l'Angleterre en 1763. Les gens bien informés en Angleterre n'ignoraient pas que dès 1742 les Russes exploitaient un commerce de fourrures avec les aborigènes de la région qui constitue l'enclave de l'Alaska. En 1721, un Danois, le capitaine Béring, sous les ordres de l'Empereur de Russie, avait navigué depuis le Kamtchatka, en vue de voir si l'Asie et l'Amérique étaient reliées ou séparées. Il a constaté que les deux continents étaient séparés et, ce faisant, il a donné son nom au détroit de Béring. Les explorateurs de l'Arctique venus d'Europe et d'Angleterre essayaient de trouver le fameux passage du Nord-Ouest depuis longtemps, avant 1763; entre autres, Frobisher, de 1576 à 1578, et Hudson avant sa disparition en 1610. La Compagnie de la Baie d'Hudson exploitait dans la région s'étendant entre l'ouest de la baie d'Hudson et les Rocheuses depuis presque un siècle, avant 1763, et bien qu'il ait fallu 30 ans avant qu'Alexander Mackenzie traverse les Rocheuses jusqu'au Pacifique, les explorateurs y pensaient déjà depuis de nombreuses années. Anthony Hendry, pour le

1973 CanLII 4 (SCC)

1759. The west coast of the continent was not unknown nor was the fact that it extended very far to the north. Drake in 1579, in an attempt to find a passage from west to east, had sailed northward to a point where the bitter cold caused him to return southward. According to *Haklutys' Voyages*, Drake sailed "in a climate zone where his rigging froze, where the trees on the coast were lifeless and where the natives lived in houses covered with earth. Behind the shore rose ridges of snow-capped peaks." It would seem that he reached substantially the same latitude that Cook did two centuries later. Coronado's lieutenant, as early as 1550, stood on the east rim of the Grand Canyon but found it impossible to cross. LaVerendrye's sons sighted the Rockies near Lethbridge in 1743. After LaVerendrye's death in 1749 his sons sought permission to continue their father's explorations into and beyond the mountains but were denied authorization. However, one Legardeur de Saint-Pierre undertook to reach and cross the mountains. In 1750 he sent an associate, one de Niverville, who, following the South Saskatchewan River and the Bow River, reached a point near the present site of Calgary where he built a stockade in 1751 within the territory of the Blackfoot nation. De Niverville learned from his Indian hosts that trading was done by other Indians to the west with white men on the far side of the mountains. These white men were probably Spaniards for it is known that the Spanish were exploring the west coast of America north from California. The names of several localities in British Columbia attest to that fact. Further confirmation of Spanish trading on the west coast was found by Cook when he put into Nootka Sound in 1778. He reports meeting with a native who had come into Nootka with a group of Indians from a distant area. This native was wearing around his neck as an ornament two silver table spoons which were assumed to have come from Spaniards. These spoons were taken by Cook and, after his death, were presented to the artist, Sir Joseph Banks, who had painted a portrait of Cook in 1776. Accordingly it cannot be challenged that while the west coast lands were

compte de la Compagnie de la Baie d'Hudson, a voyagé jusqu'aux Rocheuses passant par la Red Deer en 1754 et est allé jusque dans les montagnes en 1759. La côte ouest du continent n'était pas inconnue, non plus que le fait qu'elle s'étendait très loin vers le nord. En 1579, Drake, en tentant de trouver un passage de l'ouest à l'est, avait navigué vers le nord jusqu'à ce que le froid mordant le fasse revenir vers le sud. Selon l'ouvrage *Haklutys' Voyages*, Drake a navigué [TRADUCTION] «dans une zone climatique où le gréement gelait, où les arbres de la côte étaient morts et où les aborigènes habitaient des maisons couvertes de terre. Derrière la côte, il y avait des chaînes de montagnes aux pics couverts de neige.» Il semblerait qu'il a atteint à peu près la même latitude que Cook deux siècles plus tard. Dès 1550, le lieutenant de Coronado avait atteint la bordure est du Grand Canyon, mais il lui avait été impossible de traverser celui-ci. Les fils de LaVérendrye ont aperçu les Rocheuses près de Lethbridge en 1743. Après le décès de LaVérendrye en 1749, ses fils ont demandé l'autorisation de continuer les explorations de leur père dans les montagnes et au-delà de celles-ci mais on a refusé. Toutefois, un certain Legardeur de Saint-Pierre a entrepris d'atteindre et de traverser les montagnes. En 1750, il a envoyé un associé, un certain de Niverville, qui, en suivant la South Saskatchewan et la Bow, s'est rendu jusqu'à un endroit situé près de l'emplacement actuel de Calgary, où il a construit un abri fortifié en 1751 dans les limites du territoire de la nation Pied-Noir. De Niverville a appris de ses hôtes indiens que d'autres Indiens, à l'ouest, commerçaient avec les Blancs, de l'autre côté des montagnes. Ces Blancs étaient probablement des Espagnols; en effet, on sait que les Espagnols exploraient la côte ouest de l'Amérique au nord de la Californie. Le nom de plusieurs agglomérations de la Colombie-Britannique confirme ce fait. De plus, un autre indice du commerce espagnol sur la côte ouest a été trouvé par Cook lorsqu'il s'est arrêté à Nootka Sound en 1778. Il raconte avoir rencontré un aborigène qui était venu à cet endroit avec un groupe d'Indiens venus d'une région éloignée. Cet aborigène portait autour de

1973 CanLII 4 (SCC)

mostly unexplored as of 1763 they were certainly known to exist and that fact is borne out by the wording of the paragraph in the Proclamation previously quoted.

This important question remains: were the rights either at common law or under the Proclamation extinguished? Tysoe J.A. said in this regard at p. 582 of his reasons:

> It is true, as the appellants have submitted, *that nowhere can one find express words extinguishing Indian title* . . . . .
>
> (Emphasis added.)

The parties here agree that if extinguishment was accomplished, it must have occurred between 1858 and when British Columbia joined Confederation in 1871. The respondent relies on what was done by Governor Douglas and by his successor, Frederick Seymour, who became Governor in 1864.

Once aboriginal title is established, it is presumed to continue until the contrary is proven. This was stated to be the law by Viscount Haldane in *Amodu Tijani* at pp. 409-10 as follows:

> Their Lordships think that the learned Chief Justice in the judgment thus summarized, which virtually excludes *the legal reality of the community usufruct*, has failed to recognize the real character of the title to land occupied by a native community. That title, as they have pointed out, is prima facie based, not on such individual ownership as English law has made familiar, but on a *communal usufructuary occupation*, which may be so complete as to reduce any radical right in the Sovereign to one which only extends to comparatively limited rights of administrative interference. In their opinion there is no evidence that this kind of usufructuary title of the community was disturbed in law, either when the Benin kings conquered Lagos or when the cession to the British Crown took place in 1861. The general words used in

son cou, en guise d'ornement, deux cuillers à table en argent, venant probablement des Espagnols. Ces cuillers ont été prises par Cook et après son décès, elles ont été présentées à un artiste, Sir Joseph Banks, qui avait peint un portrait de Cook en 1776. Par conséquent, on ne saurait contester que bien que les terres de la côte ouest eussent été en général inexplorées en 1763, elles étaient certainement connues et ce fait est confirmé par le libellé de l'alinéa de la Proclamation ci-dessus reproduit.

L'importante question suivante se pose encore: les droits ont-ils été éteints, soit en vertu de la *common law*, soit en vertu de la Proclamation? Le Juge d'appel Tysoe a dit ce qui suit à ce sujet, à la p. 582 de ses motifs:

> [TRADUCTION] Comme l'ont affirmé les appelants, il est vrai *que nous ne pouvons trouver nulle part des termes exprès éteignant le titre indien*. . . . .
>
> (J'ai mis des mots en italique.)

Les parties en cause conviennent que s'il y a eu extinction, cela doit s'être fait entre 1858 et l'année au cours de laquelle la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération, en 1871. L'intimé se fonde sur les actes du gouverneur Douglas et de son successeur, Frederick Seymour, devenu gouverneur en 1864.

Une fois que le titre aborigène est établi, on présume qu'il demeure, jusqu'à preuve du contraire. Tel était le droit, selon le vicomte Haldane, affaire *Amodu Tijani*, pp. 409 et 410:

> [TRADUCTION] Leurs Seigneuries croient que le savant Juge en chef, dans le jugement ainsi résumé, qui nie de fait *l'existence juridique de l'usufruit de la collectivité*, a omis de reconnaître le véritable caractère du titre d'une collectivité aborigène sur les biens-fonds qu'elle occupe. Ce titre, comme elles l'ont signalé, est *prima facie* fondé non pas sur quelque propriété particulière au sens du droit anglais, mais sur un *droit commun d'occupation communautaire de la nature d'un usufruit*, qui peut être si absolu qu'il réduit tout droit radical du Souverain en un droit comparativement restreint d'intervention à des fins administratives. Il n'est pas établi que ce genre de titre de la nature d'un usufruit, détenu par la collectivité, a été modifié en droit, soit lorsque les rois Benin ont conquis le Lagos soit au moment de la cession à

1973 CanLII 4 (SCC)

the treaty of cession are not in themselves to be construed as extinguishing subject rights. *The original native right was a communal right, and it must be presumed to have continued to exist unless the contrary is established by the context or circumstances.* There is, in Their Lordships' opinion, no evidence which points to its having been at any time seriously disturbed or even questioned. Under these conditions they are unable to take the view adopted by the Chief Justice and the full Court.

(Emphasis added.)

The appellants rely on the presumption that the British Crown intended to respect native rights; therefore, when the Nishga people came under British sovereignty (and that is subject to what I said about sovereignty over part of the lands not being determined until 1903) they were entitled to assert, as a legal right, their Indian title. It being a legal right, it could not thereafter be extinguished except by surrender to the Crown or by competent legislative authority, and then only by specific legislation. There was no surrender by the Nishgas and neither the Colony of British Columbia nor the Province, after Confederation, enacted legislation specifically purporting to extinguish the Indian title nor did Parliament at Ottawa. The following quotation from Lord Denning's judgment in *Oyekan v. Adele*[41], at p. 788 states the position clearly. He said:

In order to ascertain what rights pass to the Crown or are retained by the inhabitants, the courts of law look, not to the treaty, but to the conduct of the British Crown. It has been laid down by their Lordships' Board that

> "Any inhabitant of the territory can make good in the municipal courts established by the new sovereign only such rights as that sovereign has, through his officers, recognized. Such right as he had under the rule of his predecessors avail him nothing."

See *Vajesingji Joravarsingji v. Secretary of State for India* ((1924), L.R. 51 Ind. App. 357 to p. 360 per

[41] [1957] 2 All E.R. 785.

la Couronne britannique en 1861. Les termes généraux utilisés dans le traité de cession ne doivent pas être interprétés comme éteignant les droits en question. *Le titré original aborigène était un droit communautaire, et il faut présumer qu'il a continué à exister jusqu'à ce que le contraire soit établi par le contexte ou les circonstances.* Leurs Seigneuries croient qu'il n'existe aucune preuve qui indique que ce droit a été à un moment donné modifié ou même contesté d'une façon importante. Dans ces conditions, elles ne peuvent pas souscrire à l'avis exprimé par le Juge en chef et la Cour en séance plénière.

(J'ai mis des mots en italique.)

Les appelants se fondent sur la présomption que la Couronne britannique a voulu respecter les droits aborigènes; par conséquent, lorsque le peuple nishga a été soumis à la souveraineté britannique (sous réserve de ce que j'ai dit au sujet de la souveraineté sur la partie des terres qui n'a été délimitée qu'en 1903), il avait le droit de faire valoir son titre indien, comme droit juridique. Cela étant, ce droit ne pouvait pas être éteint par la suite sauf par cession à la Couronne ou par le pouvoir législatif compétent, et alors uniquement au moyen d'une loi précise. Les Nishgas n'ont pas cédé leurs terres et ni la colonie de la Colombie-Britannique ni la province, après la confédération, n'ont adopté une loi visant expressément à éteindre le titre indien; il en a été de même pour le Parlement, à Ottawa. L'extrait suivant du jugement rendu par Lord Denning dans l'affaire *Oyekan v. Adele*[41], p. 788, constitue un exposé clair de la situation. Lord Denning a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Pour déterminer quels droits sont transmis à la Couronne et quels droits sont conservés par les habitants, les tribunaux judiciaires tiennent compte non pas du traité mais du comportement de la Couronne Britannique. Le Comité a établi que

> «Tout habitant du territoire peut faire valoir, devant les tribunaux locaux établis par le nouveau souverain, uniquement les droits que ce souverain a reconnus par l'intermidiaire de ses représentants. Les droits qu'il avait sous le règne de ses prédécesseurs ne lui sont d'aucun secours».

Voir *Vajesingji Joravarsingji vs. Secretary of State for India* (1924) LR 51 Ind. App. pp. 357 à 360, Lord

[41] [1957] 2 All E.R. 785.

1973CanLII 4(SCC)

Lord Dunedin), *Hoani Te Heuheu Tikino v. Aotea District Maori Land Board* ([1941] 2 All ER 93 at p. 98). *In inquiring, however, what rights are recognized, there is one guiding principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected.* Whilst, therefore, the British Crown, as sovereign, can make laws enabling it compulsorily to acquire land for public purposes, it will see that proper compensation is awarded to every one of the inhabitants who has by native law an interest in it; and the courts will declare the inhabitants entitled to compensation according to their interests, even though those interests are of a kind unknown to English law: See *Amodu Tijani v. Southern Nigeria* (Secretary) ([1921] 2 A.C. 399); *Sakariyawo Oshodi v. Moriamo Dakolo* ([1930] A.C. 667).

(Emphasis added.)

Reference should also be made to *The Queen v. Symonds*[42], approved in *Tamaki v. Baker*[43], at p. 579. In *Symonds*, Chapman J. said at p. 390:

The practice of extinguishing Native titles by fair purchases is certainly more than two centuries old. It has long been adopted by the Government in our American colonies, and by that of the United States. It is now part of the law of the land, and although the Courts of the United States, in suits between their own subjects, will not allow a grant to be impeached under pretext that the Native title has not been extinguished, yet they would certainly not hesitate to do so in a suit by one of the Native Indians. In the case of the *Cherokee Nation v. State of Georgia*, (1831) 5 Peters 1, the Supreme Court threw its protective decision over the plaintiff-nation, against a gross attempt at spoliation; calling to its aid, throughout every portion of its judgment, the principles of the common law as applied and adopted from the earliest times by the colonial laws: *Kent's Comm. Vol. ii, lecture 51.* Whatever may be the opinion of jurists as to the strength or weakness of the Native title, whatsoever may have been the past vague notions of the Natives of this country, whatever may be their present clearer and still growing conception of their own dominion over land, it cannot be too solemnly asserted that it is entitled to be respected, that it

[42] (1847), N.Z.P.C.C. 387.

[43] [1901] A.C. 561.

Dunedin), *Hoani Te Heuheu Tikino v. Aotea District Maori Land Board* ([1941] 2 All ER 93, p. 98). *Toutefois, en se demandant quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant: Les tribunaux présumeront que la Couronne Britannique veut que l'on respecte intégralement les droits de propriété des habitants.* Par conséquent, bien qu'en sa qualité de souverain, elle puisse adopter des lois lui permettant d'acquérir de force des terres à des fins publiques, la Couronne britannique verra à ce qu'une juste indemnité soit accordée à chacun des habitants qui possède un intérêt en vertu du droit autochtone; et les tribunaux déclareront que chaque habitant a droit à une indemnité selon son intérêt, même si pareil intérêt est d'un genre inconnu en droit anglais: voir *Amodu Tijani v. Southern Nigeria* (Secretary) ([1921] 2 A.C. 399); *Sakariyawo Oshodi v. Moriamo Dakolo* ([1930] A.C. 667).

(J'ai mis des mots en italique.)

Il importe de mentionner également l'arrêt *The Queen v. Symonds*[42], approuvé dans l'arrêt *Tamaki v. Baker*[43], p. 579. Dans l'arrêt *Symonds*, le Juge Chapman a dit ce qui suit, p. 390:

[TRADUCTION] La pratique qui consiste à éteindre les titres aborigènes par de justes achats a certainement plus de 200 ans. Le gouvernement l'a longtemps adoptée dans nos colonies américaines, comme l'a fait le gouvernement des États-Unis. Cette pratique fait maintenant partie du droit du pays, et bien que les cours des États-Unis, dans les poursuites entre sujets américains, ne permettent pas qu'une concession soit annulée sous prétexte que le titre aborigène n'a pas été éteint, elles n'hésiteront sûrement pas à le faire dans une poursuite engagée par un Indien aborigène. Dans l'arrêt *Cherokee Nation v. State of Georgia*, (1831) 5 Peters 1, la Cour suprême a rendu une décision protégeant la nation demanderesse contre une tentative flagrante en vue de la déposséder; tout le long de son jugement, elle s'est fondée sur les principes de la common law appliqués et adoptés depuis le début en droit colonial: *Kent's Comm., vol. ii, leçon 51.* Quel que puisse être l'avis des juristes au sujet de la validité du titre aborigène, quelles qu'aient pu avoir été les vagues notions passées des aborigènes de ce pays, quelle que puisse être leur conception actuelle, plus claire et en évolution constante, au sujet de leur droit de propriété sur les terres, on ne

[42] (1847), N.Z.P.C.C. 387.

[43] [1901] A.C. 561.

1973 CanLII 4 (SCC)

cannot be extinguished (at least in times of peace) otherwise than by the free consent of the Native occupiers. But for their protection, and for the sake of humanity, the Government is bound to maintain, and the Courts to assert, the Queen's exclusive right to extinguish it. It follows from what has been said, that in solemnly guaranteeing the Native title, and in securing what is called the Queen's pre-emptive right, the Treaty of Waitangi, confirmed by the Charter of the Colony, does not assert either in doctrine or in practice any thing new and unsettled.

and to the statement of Davis J. in *Lipan Apache* previously quoted that:

> . . . In the absence of a "clear and plain indication" in the public records that the sovereign "intended to extinguish all of the (claimants') rights" in their property, Indian title continues . . . . .

It would, accordingly, appear to be beyond question that the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be "clear and plain". There is no such proof in the case at bar; no legislation to that effect.

The Court of Appeal also erred in holding that there "is no Indian title capable of judicial interpretation unless it has previously been recognized either by the Legislature or the Executive Branch of Government". Relying on *Cook v. Sprigg*[44], and other cases, the Court of Appeal erroneously applied what is called the Act of State Doctrine. This doctrine denies a remedy to the citizens of an acquired territory for invasion of their rights which may occur during the change of sovereignty. English Courts have held that a municipal Court has no jurisdiction to review the manner in which the Sovereign acquires new territory. The Act of State is the activity of the Sovereign by which he acquires the property. Professor D. K. O'Connell in his work *International Law*, 2nd ed., 1970, at p. 378 says:

[44] [1899] A.C. 572.

saurait trop affirmer que ces droits doivent être respectés, qu'ils ne peuvent pas être éteints (du moins en temps de paix) autrement que par suite du consentement de plein gré des occupants aborigènes. Mais, pour leur protection, et par esprit d'humanité, le gouvernement est tenu de maintenir, et les cours de confirmer, le droit exclusif de la Reine de l'éteindre. Il découle de ce que j'ai dit qu'en garantissant solennellement le titre aborigène, et en confirmant ce qui est appelé le droit de préemption de la Reine, le traité de Waitangi, confirmé par la charte de la Colonie, n'apporte en théorie ou en pratique rien de nouveau qui n'ait pas déjà été réglé.

Dans l'affaire *Lipan Apache*, précitée, le Juge Davis a fait la déclaration suivante qu'il importe aussi de signaler:

> [TRADUCTION] . . . A défaut d'une «indication claire et expresse», dans les dossiers publics, que le souverain «voulait éteindre tous les droits (des réclamants)» sur leurs biens, le titre indien demeure . . . . .

Par conséquent, il semble incontestable qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse». En la présente espèce, il n'existe aucune preuve semblable ni aucune loi à cet effet.

La Cour d'appel a également commis une erreur en décidant qu'il [TRADUCTION] «n'existe aucun titre indien pouvant être interprété par les tribunaux, à moins qu'il n'ait auparavant été reconnu soit par la législature soit par le pouvoir exécutif.» Se fondant sur l'arrêt *Cook v. Sprigg*[44], et sur d'autres arrêts, la Cour d'appel a mal appliqué ce qui est connu sous le nom de doctrine de l'acte de gouvernement. Cette doctrine nie tout recours aux citoyens d'un territoire acquis pour tout empiétement sur leurs droits pouvant survenir au cours du changement de souveraineté. Les tribunaux anglais ont décidé qu'une cour locale n'est pas compétente pour réviser la façon dont le Souverain acquiert un nouveau territoire. L'acte de gouvernement est l'acte par lequel le Souverain acquiert la propriété. Dans son ouvrage intitulé *International Law*, 2e éd., 1970, p. 378, le professeur D. K. O'Connell dit ce qui suit:

[44] [1899] A.C. 572.

1973 CanLII 4 (SCC)

This doctrine, which has been affirmed in several cases arising out of the acquisition of territory in Africa and India, has been misinterpreted to the effect that the substantive rights themselves have not survived the change. In fact English courts have gone out of their way to repudiate the construction, and it is clear that the Act of State doctrine is no more than a procedural bar to municipal law action, and as such is irrelevant to the question whether in international law change of sovereignty affected acquired rights.

The Act of State doctrine has no application in the present appeal for the following reasons: (a) It has never been invoked in claims dependent on aboriginal title. An examination of its rationale indicates that it would be quite inappropriate for the Courts to extend the doctrine to such cases; (b) It is based on the premise that an Act of State is an exercise of the Sovereign power which a municipal Court has no power to review: see *Salaman v. Secretary of State in Council of India*[45], at pp. 639-640; *Cook v. Sprigg, supra*, at p. 578.

When the Sovereign, in dealings with another Sovereign (by treaty of cession or conquest) acquires land, then a municipal Court is without jurisdiction to the extent that any claimant asserts a proprietary right inconsistent with acquisition of property by the Sovereign—*i.e.* acquisition by Act of State. The *ratio* for the cases relied upon by the Court of Appeal was that a municipal Court could not review the Act of State if in so doing the Court would be enforcing a treaty between two Sovereign States: see *Cook v. Sprigg, supra* at p. 578, *Vayjestingji Joravaisingji v. Secretary of State for India, supra*, at p. 360, *Salaman, supra*, at p. 639. In all the cases referred to by the Court of Appeal the *origin* of the claim being asserted was a grant to the claimant from the previous Sovereign. In each case the claimants were asking the Courts to give judicial recognition to that claim. In the present case the appellants are

[45] [1906] 1 K.B. 613.

[TRADUCTION] Cette doctrine, qui a été confirmée dans plusieurs affaires découlant de l'acquisition de territoires en Afrique et en Inde, a été interprétée à tort comme voulant dire que les droits fondamentaux eux-mêmes n'existaient plus après le changement. En fait, les cours anglaises ont tout fait pour répudier cette interprétation, et il est clair que la doctrine de l'acte de gouvernement ne constitue qu'un empêchement de procédure à l'encontre de l'action fondée sur le droit interne, et qu'à ce titre, elle n'est pas pertinente en ce qui concerne la question de savoir si en droit international le changement de souveraineté porte atteinte aux droits acquis.

La doctrine de l'acte de gouvernement ne s'applique pas dans le présent appel pour les motifs suivants: (a) cette doctrine n'a jamais été invoquée dans les réclamations fondées sur le titre aborigène. Un examen de son fondement montre qu'il serait plutôt difficile pour les tribunaux d'étendre la doctrine à pareilles causes; (b) elle est fondée sur le principe que l'acte de gouvernement est l'exercice du pouvoir souverain, qu'une cour locale n'a pas le pouvoir de réviser: voir *Salaman v. Secretary of State in Council of India*[45], pp. 639-640; *Cook v. Sprigg*, précité, p. 578.

Lorsque le Souverain, au cours de marchés avec d'autres Souverains (par traité de cession ou par conquête) acquiert des terres, les tribunaux locaux ne sont pas compétents, dans la mesure où un réclamant fait valoir un droit de propriété incompatible avec l'acquisition des terres par le Souverain, c'est-à-dire l'acquisition par acte de gouvernement. Le fondement des arrêts sur lesquels s'est fondée la Cour d'appel est qu'une cour locale ne peut pas réviser l'acte de gouvernement si, ce faisant, la Cour se trouverait à appliquer un traité entre deux états souverains: voir les arrêts *Cook v. Sprigg*, précité, p. 578, *Vayjestingji Joravaisingji v. Secretary of State for India*, précité, p. 360, et *Salaman*, précité, p. 639. Dans tous les arrêts mentionnés par la Cour d'appel, le droit revendiqué avait pour *origine* une concession au réclamant par le Souverain antérieur. Dans chaque cas, les réclamants demandaient aux tribunaux

[45] [1906] 1 K.B. 613.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

not claiming that the origin of their title was a grant from any previous Sovereign, nor are they asking this Court to enforce a treaty of cession between any previous Sovereign and the British Crown. The appellants are *not* challenging an Act of State—they are asking this Court to recognize that settlement of the north Pacific coast did not extinguish the aboriginal title of the Nishga people—a title which has its origin in antiquity—not in a grant from a previous Sovereign. In applying the Act of State doctrine, the Court of Appeal completely ignored the rationale of the doctrine which is no more than a recognition of the Sovereign prerogative to acquire territory in a way that cannot be later challenged in a municipal Court.

Once it is apparent that the Act of State doctrine has no application, the whole argument of the respondent that there must be some form of "recognition" of aboriginal rights falls to the ground.

On the question of extinguishment, the respondent relies on what was done by Governors Douglas and Seymour and the Council of British Columbia. The appellants, as I have previously mentioned, say that if either Douglas or Seymour or the Council of the Colony of British Columbia did purport to extinguish the Nishga title that any such attempt was beyond the powers of either the Governors or of the Council and that what, if anything, was attempted in this respect was *ultra vires*.

Douglas' powers were clearly set out in his Commission. A Governor had no powers to legislate other than those given in the Commission: 5 Halsbury, 3rd. ed., p. 558, para. 1209: *Commercial Cable v. Newfoundland*[46], at p. 616; *Musgrave v. Pulido*[47]. Sir Arthur Berridale Keith in his *Responsible Government in the Dominions* said at p. 83:

[46] [1916] 2 A.C. 610
[47] (1879), 5 App. Cas. 102.

de reconnaître judiciairement ce droit. En la présente espèce, les appelants n'affirment pas que leur titre a pour origine une concession par quelque Souverain antérieur, et ils ne demandent pas à cette Cour d'appliquer un traité de cession entre quelque Souverain antérieur et la Couronne britannique. Les appelants *ne* contestent *pas* l'acte de gouvernement—ils demandent à cette Cour de reconnaître que la colonisation de la côte nord du Pacifique n'a pas éteint le titre aborigène des Nishgas, titre qui a une origine très ancienne et ne découle pas d'une concession par un Souverain antérieur. En appliquant la doctrine de l'acte de gouvernement, la Cour d'appel a complètement omis de tenir compte du fondement de la doctrine, simple reconnaissance de la prérogative du Souverain d'acquérir des territoires d'une façon qui ne peut pas être contestée par la suite devant un tribunal local.

Une fois qu'il devient évident que la doctrine de l'acte de gouvernement ne s'applique pas, l'ensemble de la prétention de l'intimé qu'il doit y avoir quelque forme de «reconnaissance» des droits aborigènes n'est plus valable.

Quant à la question de l'extinction, l'intimé se fonde sur les actes des gouverneurs Douglas et Seymour et du Conseil de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai déjà mentionné, les appelants disent que si Douglas ou Seymour, ou encore, le Conseil de la Colonie de la Colombie-Britannique, ont voulu éteindre le titre nishga, ils n'étaient pas compétents à cet égard et leurs tentatives, s'il en fut, étaient *ultra vires*.

Les pouvoirs de Douglas étaient clairement énoncés dans sa commission. Les gouverneurs n'avaient pas le pouvoir de légiférer, sauf ceux qui leur étaient conférés dans leur commission: 5 Halsbury, 3e éd., p. 558, par. 1209: *Commercial Cable v. Newfoundland*[46], p. 616: *Musgrave v. Pulido*[47]. Dans son ouvrage intitulé *Responsible Government in the Dominions*, Sir Arthur Berridale a dit ce qui suit, p. 83:

[46] [1916] 2 A.C. 610.
[47] (1879), 5 App. Cas. 102.

the Governor of a colony in ordinary cases cannot be regarded as a Viceroy, nor can it be assumed that he possesses general sovereign power. His authority is derived from his commission and *limited* to the powers thereby *expressly or impliedly entrusted to him*.

and at pp. 83-84:

There can be no doubt of the doctrine of the Privy Council; a Governor has no special privilege like that of the Crown; he must show in any court that he has authority by law to do an act, and what is more important for our purpose, he must show not merely that the Crown might do the act, but that he personally had authority to do the act. . . .

There is therefore no alternative but to hold that, apart from statutory powers, the Governor has a delegation of so much of the executive power as enables him effectively to conduct the executive government of the territory.

The Letters Patent under which Douglas acted authorized him in part:

. . . and whereas We have, in pursuance of the said Act, by Our Order made by Us in Our Privy Council, bearing date this 2d instant, ordered, authorized, empowered, and commanded Our Governor of Our said Colony to make provision for the administration of justice in Our said Colony, and generally to make, ordain, and establish all such laws, institutions, and ordinances as may be necessary for the peace, order, and good government of Our subjects and others residing therein, wherein the said Governor *is to conform to and exercise the directions, powers, and authorities given and granted to him by Our Commission, subject to all such rules and regulations as shall be prescribed in and by Our Instructions under Our Signet and Sign Manual accompanying Our said Commission, or by any future instructions, as aforesaid; . . .*

(emphasis added)

and also the following:

IV. And We do by these presents further give and grant unto you, the said James Douglas, full power and authority, by Proclamation or Proclamations to be by you from time to time for that purpose issued

[TRADUCTION] Habituellement, le Gouverneur d'une colonie ne peut pas être considéré comme un vice-roi, et l'on ne peut pas présumer qu'il possède un pouvoir souverain général. Ses attributions sont définies par sa commission et *se limitent* aux pouvoirs *qui lui sont ainsi expressément ou implicitement conférés*.

Plus loin, à la page 83, il dit ceci:

[TRADUCTION] La doctrine du Conseil privé est bien établie; les Gouverneurs n'ont pas de privilèges spéciaux comme ceux de la Couronne; ils doivent établir devant les tribunaux que la loi les autorise à agir, et ce qui est encore plus important en ce qui nous concerne, ils doivent établir non pas simplement que la Couronne pourrait agir de la sorte, mais qu'ils avaient personnellement reçu une autorisation à cet égard. . . .

Il nous est donc uniquement possible de décider que, mis à part les pouvoirs légaux, le Gouverneur, par délégation, détient un pouvoir exécutif suffisamment étendu pour lui permettre de diriger efficacement le gouvernement territorial.

Les lettres patentes en vertu desquelles Douglas agissait lui conféraient en partie les pouvoirs suivants:

[TRADUCTION] . . . et considérant que Nous avons, en vertu de ladite loi, par le Décret adopté par Nous en Notre Conseil privé, portant la date du 2 courant, ordonné, permis, commandé et conféré le pouvoir à Notre Gouverneur de Notre dite Colonie de prendre les mesures nécessaires aux fins de l'administration de la justice dans Notre dite Colonie, et, d'une façon générale, d'adopter et d'établir toutes les lois, institutions et ordonnances pouvant être nécessaires pour le maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement de Nos sujets et des autres résidents, ledit Gouverneur *devant se conformer aux directives, pouvoirs et autorisations à lui donnés ou conférés par Notre commission et devant y donner suite, sous réserve de toutes les règles et de tous les règlements qui seront prescrits dans et par Nos instructions sous Notre Sceau et Seing jointes à Notre commission, ou par des instructions ultérieures, tel que susdit; . . .*

(J'ai mis des mots en italique.)

Puis:

IV. Et, par les présentes, James Douglas, Nous vous donnons et conférons pleinement le pouvoir et l'autorisation, par la Proclamation ou les Proclamations que vous ferez de temps en temps à cette fin

1973 CanLII 4 (SCC)

under the Public Seal of Our said Colony, to make, ordain, and establish all such laws, institutions, and ordinances as may be necessary for the peace, order, and good government of Our subjects and others residing in Our said Colony and its Dependencies: *Provided that such laws, institutions, and ordinances are not to be repugnant, but, as near as may be, agreeable to the Laws and Statutes of Our United Kingdom of Great Britain and Ireland:* Provided also, that all such laws, institutions, and ordinances, of what nature or duration soever, be transmitted under the Public Seal of Our said Colony for Our approbation or disallowance, as in Our said Order provided: And We do by these presents require and enjoin you that in making all such laws, institutions, and ordinances you do strictly conform to and observe the rules, regulations, and restrictions which are or shall be in that respect prescribed to you by Our Instructions under Our Royal Sign Manual and Signet accompanying this Our Commission, or by any future Instructions, as aforesaid.

(Emphasis added.)

Attached to Douglas' Commission and forming an integral part thereof were "Instructions" by which he was to govern the Colony. Regarding those Instructions, the Letters Patent said:

VII. You are, as much as possible, to observe, in the passing of all laws, that each different matter be provided for by a different law, without intermixing in one and the same law such things as have no proper relation to each other; and you are more especially to take care that no clause or clauses be inserted in or annexed to any law which shall be foreign to what the title of such law imports, and that no perpetual clause be part of any temporary law, *and that no law whatever be suspended, altered, continued, revived, or repealed by general words, but that the title and date of such law so suspended, altered, continued, revived, or repealed be particularly mentioned and expressed in the enacting part.*

(Emphasis added.)

Further Instructions were sent from time to time by the Colonial Secretary in London, including one dated July 31, 1858, which read:

sous le Sceau public de ladite Colonie, d'adopter et d'établir toutes les lois, institutions et ordonnances pouvant être nécessaires pour le maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement de nos sujets et des autres résidents de ladite Colonie et de ses dépendances: *sous la réserve que pareilles lois, institutions et ordonnances ne doivent pas être incompatibles avec les lois et textes législatifs du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande mais dans la mesure du possible, être conformes à ceux-ci:* sous réserve également que toutes ces lois, institutions et ordonnances de quelque nature ou durée qu'elles soient, doivent être transmises sous le Sceau public de ladite Colonie en vue de Notre approbation ou désaveu, tel qu'édicté dans Notre dit Décret: Et par les présentes, Nous vous enjoignons et ordonnons, dans l'adoption de toutes ces lois, institutions et ordonnances, de vous conformer et d'obéir aux règles, règlements et restrictions qui sont ou seront à cet égard prescrits par les Instructions sous Notre Sceau et Seing Royal jointes à Notre présente commission, ou par des Instructions ultérieures, tel que susdit.

(J'ai mis des mots en italique.)

Des «Instructions» en vertu desquelles Douglas devait gouverner la colonie étaient jointes à sa commission et en faisaient intégralement partie. A ce propos, les lettres patentes se lisaient comme suit:

[TRADUCTION] VII. Dans la mesure du possible, vous devez voir, en adoptant toute loi, à ce que chaque question différente fasse l'objet d'une loi distincte, sans mêler dans la même loi des sujets qui n'ont aucun rapport entre eux; et vous devez plus particulièrement veiller à ce qu'aucune clause ne soit incluse dans quelque loi, ou y soit annexée, si cette clause est étrangère à ce qu'évoque l'intitulé de la loi, à ce qu'aucune clause permanente ne fasse partie de quelque loi temporaire, *et à ce qu'aucune loi, quelle qu'elle soit, ne soit suspendue, modifiée, maintenue, remise en vigueur ou abrogée par des termes généraux, mais que l'intitulé et la date de pareille loi ainsi suspendue, modifiée, maintenue, remise en vigueur ou abrogée soient expressément mentionnés et énoncés dans le décret.*

(J'ai mis des mots en italique.)

D'autres Instructions ont de temps en temps été envoyées par le Secrétaire aux Colonies de Londres, dont une directive datée du 31 juillet 1858, qui se lit comme suit:

3. *I have to enjoin upon you to consider the best and most humane means of dealing with the Native Indians. The feelings of this country would be strongly opposed to the adoption of any arbitrary or oppressive measures towards them.* At this distance, and with the imperfect means of knowledge which I possess, I am reluctant to offer, as yet, any suggestion as to the prevention of affrays between the Indians and the immigrants. This question is of so local a character that it must be solved by your knowledge and experience, and I commit it to you, *in the full persuasion that you will pay every regard to the interests of the Natives which an enlightened humanity can suggest.* Let me not omit to observe, that it should be an invariable *condition, in all bargains or treaties with the Natives for the cession of lands* possessed by them, that subsistence should be supplied to them in some other shape, and above all, that it is the earnest desire of Her Majesty's Government that your early attention should be given to the best means of diffusing the blessings of the Christian Religion and of Civilization among the Natives.

(emphasis added)

to which Douglas replied:

16. *I shall not fail to give the fullest scope to your humane consideration for the improvement of the native Indian tribes, and shall take care that all their civil and agrarian rights be protected.* I have in fact already taken measures, as far as possible, to prevent collisions between those tribes and the whites, *and have impressed upon the miners the great fact that the law will protect the Indian equally with the white man, and regard him in all respects as a fellow subject.* That principle being admitted will go far towards the well-being of the Indian tribes, and securing the peace of the country.

(Emphasis added.)

Another despatch from the then Colonial Secretary, Sir E. B. Lytton, reads:

2. To *open land for settlement gradually; not to sell beyond the limits of what is either surveyed or ready for immediate survey, and to prevent, as far as in you lies squatting on unsold land.* Mineral lands will require a special care and forethought and I request your views thereon.

(Emphasis added.)

[TRADUCTION] 3. *Je dois vous recommander de considérer les moyens les meilleurs et les plus humanitaires de traiter avec les Indiens aborigènes. Notre pays serait fortement défavorable à l'adoption de toute mesure arbitraire ou oppressive en ce qui les concerne.* Vu l'éloignement, et compte tenu des moyens imparfaits à ma disposition pour être bien informé, j'hésite à donner maintenant quelque suggestion en vue d'empêcher les disputes entre les Indiens et les immigrants. Cette question est d'une nature tellement locale qu'elle doit être résolue grâce à vos connaissances et à votre expérience, et je vous en charge, *étant entièrement convaincu que vous tiendrez pleinement compte des intérêts des aborigènes, comme le voudrait un esprit éclairé soucieux d'humanité.* Je dois ajouter qu'une *condition* nécessaire, *dans tout marché ou traité avec les aborigènes en vue de la cession des terres* qu'ils possèdent, est que les moyens d'existence doivent leur être fournis de quelque autre façon, et surtout, que le gouvernement de Sa Majesté tient absolument à ce que vous envisagiez sans délai les meilleurs moyens à prendre en vue de diffuser les bienfaits de la religion chrétienne et de la civilisation parmi les aborigènes.

(J'ai mis des mots en italique.)

La réponse de Douglas a été la suivante:

[TRADUCTION] 16. *Je verrai à donner plein effet à votre préoccupation humanitaire au sujet de l'amélioration des tribus indiennes, et à ce que tous leurs droits civils et agraires soient protégés.* J'ai de fait déjà pris certaines mesures, dans la mesure du possible, en vue d'empêcher des heurts entre ces tribus et les Blancs, *et j'ai bien fait comprendre aux mineurs que la loi protégera l'Indien autant que le Blanc, et le considérera à tous les égards comme un sujet comme un autre.* Une fois reconnu, ce principe contribuera grandement au bien-être des tribus indiennes et à la paix du pays.

(J'ai mis des mots en italique.)

Une autre missive du Secrétaire aux Colonies, Sir E. B. Lytton, se lit comme suit:

[TRADUCTION] 2. *Rendre les terres graduellement accessibles à la colonisation; vendre uniquement dans les limites des terres déjà arpentées ou prêtes à l'être immédiatement, et empêcher dans la mesure du possible tout établissement illégitime sur des terres non vendues.* Les terrains miniers demanderont une attention et une prévoyance particulières et j'attends votre avis à ce sujet.

(J'ai mis des mots en italique.)

1973 CanLII 4 (SCC)

There is nothing in the record indicating that the Nishga lands have even yet been surveyed or made ready for immediate survey excepting, perhaps, the land given for the townsite of Stewart. The boundary line with Alaska was not surveyed until after the boundary settlement. Consequently I cannot see how anything can be derived from the fact that surveys were made on Vancouver Island or on the lower mainland that would lead to the conclusion that the rights of the Nishgas in the northwest corner of the Colony were being dealt with by implication or at all.

Specific declarations by Douglas and by the Council of the Colony of British Columbia relied on by the respondent include:

(a) Proclamation dated February 14, 1859, which contained the following paragraph:

> 1. All the lands in British Columbia, and all the Mines and Minerals therein, belong to the Crown in fee.

(b) Ordinance dated April 11, 1865, in which is found:

> 3. All the lands in British Columbia, and all the mines and minerals therein, not otherwise lawfully appropriated belong to the Crown in fee.

(c) Ordinance of March 31, 1866, which provided:

> "The aborigines of this colony or the territories neighbouring thereto" could not pre-empt or hold land in fee simple without obtaining special permission of the Governor in writing.

The appellants do not dispute the Province's claim that it holds title to the lands in fee. They acknowledge that the fee is in the Crown. The enactments just referred to merely state what was the actual situation under the common law and add nothing new or additional to the Crown's paramount title and they are of no

Rien au dossier ne montre que les terres nishgas ont déjà été arpentées ou qu'elles sont prêtes à l'être immédiatement, sauf, peut-être, les terres concédées en vue de l'emplacement de la ville de Stewart. La frontière de l'Alaska n'a été arpentée qu'après le règlement de frontière. Par conséquent, je ne puis voir comment il est possible de dire que des levés effectués sur l'île de Vancouver et dans la région continentale inférieure nous permettent de conclure que les droits des Nishgas sur la région nord-ouest de la Colonie ont été implicitement éteints.

Les déclarations expresses faites par Douglas ou par le Conseil de la Colonie de la Colombie-Britannique et invoquées par l'intimé sont, entre autres, les suivantes:

(a) La proclamation du 14 février 1859, qui renferme le paragraphe suivant:

> [TRADUCTION] 1. Toutes les terres de la Colombie-Britannique, ainsi que toutes les mines et tous les minerais s'y trouvant, appartiennent à la Couronne.

(b) L'ordonnance du 11 avril 1865 qui édicte entre autres ce qui suit:

> [TRADUCTION] 3. Toutes les terres de la Colombie-Britannique, ainsi que toutes les mines et tous les minerais s'y trouvant, qui n'ont pas été autrement juridiquement attribuées appartiennent à la Couronne.

(c) L'ordonnance du 31 mars 1866 qui prévoyait que:

> [TRADUCTION] «Les aborigènes de cette colonie ou des territoires voisins» ne pouvaient pas acquérir par préemption ou détenir une terre en propriété inconditionnelle sans obtenir l'autorisation spéciale écrite du Gouverneur.

Les appelants ne contestent pas l'allégation de la province qu'elle détient le titre de propriété à l'égard des terres. Ils reconnaissent que la Couronne est propriétaire. Les dispositions précitées ne font qu'énoncer ce qu'était véritablement la situation en vertu de la common law; ils n'ajoutent rien au titre suprême de la Couronne

CanLII (SCC)

assistance in this regard to the respondent. In relying so heavily on these enactments, the respondent is fighting an issue that does not arise in the case and is resisting a claim never made in the action. As to the ordinance of March 31, 1866, the limitation on the right of an aborigine to hold land in fee simple has no bearing whatsoever on the right of the aborigine to remain in possession of the land which has been in the possession of his people since time immemorial. Governor Douglas knew that he had no right to take Indian lands without some form of compensation. He understood his Instructions in that regard. This is clear from paragraphs of his letter to the Colonial Secretary dated March 25, 1861. He said in part:

2. As the native Indian population of Vancouver Island have distinct ideas of property in land, and mutually recognize their several exclusive possessory rights in certain districts, they would not fail to regard the occupation of such portions of the Colony by white settlers, unless with the full consent of the proprietary tribes, as national wrongs; and the sense of injury might produce a feeling of irritation against the settlers, and perhaps disaffection to the Government that would endanger the peace of the country.

3. Knowing their feelings on that subject, I made it a practice up to the year 1859, to purchase the native rights in the land, in every case, prior to the settlement of any district; but since that time in consequence of the termination of the Hudson's Bay Company's Charter, and the want of funds, it has not been in my power to continue it. Your Grace must, indeed, be well aware that I have, since then, had the utmost difficulty in raising money enough to defray the most indispensable wants of Government.

4. All the settled districts of the Colony, with the exception of Cowichan, Chemainus, and Barclay Sound, have been already bought from the Indians, at a cost in no case exceeding 2 pounds 10s. sterling for each family. As the land has, since then, increased in value, the expense would be relatively somewhat greater now, but I think that their claims might be satisfied with a payment of 3 pounds to each family; so that taking the native population of those districts

et, à cet égard, ils n'aident pas l'intimé. En se fondant dans une si large mesure sur ces dispositions, l'intimé plaide sur une question qui ne se pose pas en l'espèce et répond à une prétention qui n'a jamais été soulevée dans la demande. En ce qui concerne l'ordonnance du 31 mars 1866, la restriction imposée au droit d'un aborigène de détenir une terre en propriété inconditionnelle n'a absolument aucun rapport avec le droit de l'aborigène de demeurer en possession des terres que son peuple possède de temps immémorial. Le Gouverneur Douglas savait qu'il n'avait pas le droit de prendre les terres indiennes sans accorder une indemnité quelconque. Il comprenait ses Instructions à cet égard. C'est ce qui ressort clairement de certains alinéas de la lettre qu'il a envoyée le 25 mars 1861 au Secrétaire aux Colonies. Il y déclare en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Étant donné que la population indienne de l'île de Vancouver a des idées particulières au sujet de la propriété immobilière, et que les Indiens se reconnaissent mutuellement leurs divers droits de possession exclusive sur certains districts, ils considéreraient sans aucun doute l'occupation de pareilles parties de la colonie par les colons blancs, sans l'approbation complète des tribus propriétaires, comme un préjudice national; il en découlerait un sentiment d'irritation contre les colons et peut-être du mécontentement contre le gouvernement, la paix de ce pays pouvant être compromise.

3. Connaissant leurs sentiments à cet égard, j'ai eu l'habitude, jusqu'en 1859, d'acheter les droits aborigènes sur les terres, dans chaque cas, avant de coloniser un district; mais depuis ce temps, par suite de l'extinction de la charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et du manque de fonds, je n'ai pas pu continuer à le faire. De fait, vous devez sûrement savoir que depuis lors j'ai éprouvé énormément de difficulté à obtenir suffisamment de fonds pour subvenir aux besoins indispensables du gouvernement.

4. Tous les districts de la Colonie, à l'exception des districts de Cowichan, Chemainus, et Barclay Sound, ont déjà été achetés des Indiens à un prix qui n'a jamais dépassé 2 livres 10s. sterling par famille. Étant donné que depuis lors, les terres ont pris de la valeur, il en coûterait un peu plus cher maintenant, mais je crois que leurs droits pourraient être éteints en payant 3 livres par famille, de sorte que si l'on considère que ces districts ont une population abori-

1973 CanLII 4 (SCC)

at 1,000 families, the sum of 3,000 pounds would meet the whole charge.

The Colonial Secretary replied on October 19, 1861, as follows:

SIR—I have had under my consideration your despatch No. 24, of the 25th of March last, transmitting an Address from the House of Assembly of Vancouver Island, in which they pray for the assistance of Her Majesty's Government in extinguishing the Indian title to the public lands in the Colony, and set forth the evils that may result from a neglect of this precaution.

I am fully sensible of the great importance of purchasing without loss of time the native title to the soil of Vancouver Island; but the acquisition of the title is a purely colonial interest, and the Legislature must not entertain any expectation that the British taxpayer will be burthened to supply the funds or British credit pledged for the purpose. I would earnestly recommend therefore to the House of Assembly, that they should enable you to procure the requisite means, but if they should not think proper to do so, Her Majesty's Government cannot undertake to supply the money requisite for an object which, whilst it is essential to the interests of the people of Vancouver Island, is at the same time purely Colonial in its character, and trifling in the charge that it would entail.

This reply, while refusing funds to acquire the native rights in land, did not authorize Douglas to take or extinguish those rights without compensation. If the lands were to be taken they had to be paid for by the Colony and not by the British taxpayer. If the Colony had intended extinguishing the Indian title to public lands as referred to in the foregoing letter, it could easily have said, "Indian title to public lands in the Colony is hereby extinguished". No such enactment or one with language to like effect was ever passed.

A number of other Acts, Ordinances and Proclamations were passed or issued between February 14, 1859, and June 1, 1870. All of these were repealed and consolidated by an Ordinance passed July 1, 1870. That Consolidation contained in part the following:

gène de 1,000 familles, la somme de 3,000 livres serait suffisante pour défrayer le tout.

Le Secrétaire aux Colonies a répondu comme suit le 19 octobre 1861:

[TRADUCTION] MONSIEUR,—J'ai pris connaissance de votre missive numéro 24, du 25 mars dernier, transmettant une adresse de l'assemblée législative de l'île de Vancouver demandant l'aide du gouvernement de Sa Majesté en ce qui concerne l'extinction du titre indien sur les terres publiques de la colonie, et exposant les maux qui peuvent survenir si cette précaution n'est pas prise.

Je suis tout à fait conscient qu'il est extrêmement important d'acheter sans délai le titre aborigène sur les terres de l'île de Vancouver; mais l'acquisition du titre est une question d'intérêt purement colonial, et la législature ne doit pas s'attendre à ce qu'il incombe au contribuable britannique d'engager des fonds ou le crédit de la Grande-Bretagne à cette fin. Je recommanderais donc fortement à l'assemblée législative de vous permettre de vous procurer les fonds requis, mais si elle estime que ce n'est pas là une mesure appropriée, le gouvernement de Sa Majesté ne peut pas entreprendre de fournir l'argent nécessaire pour un objet qui, bien qu'essentiel en ce qui concerne l'intérêt des habitants de l'île de Vancouver, est en même d'une nature purement coloniale et d'une importance minime en ce qui concerne les frais qui en découleraient.

Cette réponse, même si elle manifestait le refus de fournir les fonds nécessaires en vue d'acquérir les droits immobiliers aborigènes, n'autorisait pas Douglas à annuler ou à éteindre ces droits sans indemnisation. Si les terres devaient être prises, elles devaient être payées par la Colonie et non par le contribuable britannique. Si la colonie avait voulu éteindre le titre indien sur les terres publiques, comme il en est fait mention dans la lettre précitée, elle aurait facilement pû dire: «Le titre indien sur les terres publiques de la colonie est par les présentes éteint». Aucune disposition législative semblable ou disposition au même effet n'a été adoptée.

Un certain nombre d'autres lois, ordonnances et proclamations ont été adoptées ou émises entre le 14 février 1859 et le 1er juin 1870. Toutes ces dispositions ont été abrogées et refondues dans l'ordonnance du 1er juillet 1870. Cette refonte renfermait entre autres le passage suivant:

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

PRE-EMPTION

3. From and after the date of the proclamation in this Colony of Her Majesty's assent to this Ordinance, any male person being a British Subject, of the age of eighteen years or over, may acquire the right to pre-empt any tract of unoccupied, unsurveyed, and unreserved Crown Lands (not being an Indian settlement) not exceeding three hundred and twenty acres in extent in that portion of the Colony situate to the northward and eastward of the Cascade or Coast Range of Mountains, and one hundred and sixty acres in extent in the rest of the Colony. Provided that such right of pre-emption shall not be held to extend to any of the Aborigines of this Continent, except to such as shall have obtained the Governor's special permission in writing to that effect.

This is the provision chiefly relied on by Gould J. and by the Court of Appeal in making the finding that the Indian title in British Columbia had been extinguished. It is obvious that this enactment did not apply to the Nishga lands on the Nass River. The northwest boundary of the Colony in that area was still in dispute. In any event, this provision is expansive and permissive in so far as it enables aborigines to get title in fee with the Governor's written permission.

If in any of the Proclamations or actions of Douglas, Seymour or of the Council of the Colony of British Columbia there are elements which the respondent says extinguish by implication the Indian title, then it is obvious from the Commission of the Governor and from the Instructions under which the Governor was required to observe and neither the Commission nor the Instructions contain any power or authorization to extinguish the Indian title, then it follows logically that if any attempt was made to extinguish the title it was beyond the power of the Governor or of the Council to do so and, therefore, *ultra vires*.

A further observation in respect of the Letter of Instructions of July 31, 1858, must be made

PRÉEMPTION

[TRADUCTION] 3. A compter du jour de la proclamation, dans cette colonie, de la sanction de Sa Majesté à la présente ordonnance, toute personne de sexe masculin qui est un sujet britannique âgé de 18 ans ou plus peut acquérir le droit de préemption grevant toute parcelle de terres de la Couronne non occupées, non arpentées et non réservées (à l'exception des réserves indiennes) d'une superficie d'au plus trois cent vingt acres, dans la partie de la colonie située au nord et à l'est de la chaîne des Cascades ou chaîne côtière, et de cent soixante acres dans le reste de la colonie. Mais pareil droit de préemption ne doit pas être détenu par quelque aborigène de ce continent, à l'exception de ceux qui auront obtenu l'autorisation spéciale du gouverneur, par écrit, à cet effet.

C'est la disposition sur laquelle se sont principalement fondés le Juge Gould et la Cour d'appel pour conclure que le titre indien a été éteint en Colombie-Britannique. Il est évident que cette disposition législative ne s'appliquait pas aux terres nishgas de la Nass. La frontière nord de la colonie dans cette région était encore en litige. De toute façon, cette disposition en est une d'autorisation, dans la mesure ou elle permet aux aborigènes de devenir propriétaires absolus avec la permission par écrit du gouverneur.

Si dans une quelconque des proclamations ou l'un quelconque des actes de Douglas, de Seymour ou du Conseil de la colonie de la Colombie-Britannique, il y a des éléments qui, d'après l'intimé, éteignent implicitement le titre indien, de toute évidence, il ressort de la commission du gouverneur et des instructions que le gouverneur était tenu d'observer, et ni la commission ni les directives ne renferment quelque pouvoir ou autorisation permettant d'éteindre le titre indien, qu'en toute logique, si le gouverneur ou le Conseil ont de quelque façon tenté d'éteindre le titre indien, ils n'étaient pas compétents à le faire; par conséquent il s'agissait d'une disposition *ultra vires*.

Il importe de faire un autre commentaire au sujet de la lettre d'instructions du 31 juillet

of the phrase, "Let me not omit to observe, that it should be an invariable condition, in all bargains or treaties with the Natives for the *cession* of land possessed by them . . .". Having in mind the use of the word "cession" in this context, how can it logically be said that the Imperial Government was not at the time recognizing that the natives had something to cede? What they had to cede was their aboriginal right and title to possession of the lands, subject to the Crown's paramount title.

Having reviewed the evidence and cases in considerable detail and having decided that if the Nishgas ever had any right or title that it had been extinguished, Tysoe J.A. was inexorably driven to the conclusion which he stated as follows:

> As a result of these pieces of legislation the Indians of the Colony of British Columbia *became in law trespassers* on and liable to actions of ejectment from lands in the Colony other than those set aside as reserves for the use of Indians.

(Emphasis added.)

Any reasoning that would lead to such a conclusion must necessarily be fallacious. The idea is self-destructive. If trespassers, the Indians are liable to prosecution as such, a proposition which reason itself repudiates.

Following the hearing, the Court's attention was drawn to a recent Australian decision in which judgment was handed down on April 27, 1971, but the report of the judgment was not available until after the appeal was argued. The case is *Milirrpum et al. v. Nabalco Pty. Ltd.*[48] It is a judgment at trial by Blackburn J. and involved a consideration of the rights of aborigines and whether the common law recognized a doctrine of "communal native title". The direct issue was the interpretation to be given to the phrase "interest in land" contained in s. 5(1) of the *Lands Acquisition Act*, 1955-1966 relating

[48] (1971), 17 F.L.R. 141.

1858, en ce qui concerne la phrase: [TRADUCTION] «Je dois ajouter qu'une condition nécessaire, dans tout marché ou traité avec les aborigènes en vue de la *cession* des terres qu'ils possèdent . . .». Compte tenu de l'emploi de l'expression «cession» dans ce contexte, comment est-il logiquement possible de dire que le gouvernement impérial ne reconnaissait pas alors que les aborigènes avaient quelque chose à céder? Ce qu'ils avaient à céder, c'était leur droit et titre aborigène de possession des terres, sous réserve du titre suprême de la Couronne.

Ayant examiné fort en détail la preuve et les arrêts et ayant décidé que si les Nishgas ont déjà eu quelque droit ou titre, celui-ci a été éteint, le Juge d'appel Tysoe a inévitablement été amené à la conclusion qu'il a formulée comme suit:

> [TRADUCTION] Par suite de ces textes législatifs, les Indiens de la colonie de la Colombie-Britannique *sont devenus, en droit,* des «*trespassers*» et donc sujets à des actions en expulsion à l'égard des terres de la colonie autres que celles qui avaient été mises de côté à titre de réserves pour l'usage des Indiens.

(J'ai mis des mots en italique.)

Tout raisonnement entraînant pareille conclusion doit nécessairement être fallacieux. Il se contredit en soi. S'ils sont des «trespassers», les Indiens sont sujets à des poursuites à ce titre, c'est là une proposition que la raison elle-même répudie.

Après l'audition, on a attiré l'attention de la Cour sur une récente affaire australienne dans laquelle le jugement, rendu le 27 avril 1971, n'a été publié qu'après l'audition de l'appel. C'est l'arrêt *Milirrpum et al. v. Nabalco Pty. Ltd.*[48] Il s'agit d'un jugement de première instance rendu par le Juge Blackburn; la question des droits des aborigènes et celle de savoir si la common law reconnaît une doctrine de «titre aborigène communautaire» y sont examinées. La question directement en litige était celle de l'interprétation à donner à l'expression «intérêt dans des biens-fonds» du par. (1) de l'art. 5 du *Lands*

[48] (1971), 17 F.L.R. 141.

1973 CanLII 4 (SCC)

to the acquisition of land on just terms. The issue was to this degree different from the issue here. It dealt with the validity of a grant made under the *Lands Acquisition Act.*

Blackburn J., after an extensive review of the facts and historical records involving some 50 pages, held as follows:

This question of fact has been for me by far the most difficult of all the difficult questions of fact in the case. I can, in the last resort, do no more than express that degree of conviction which all the evidence has left upon my mind, and it is this: that I am not persuaded that the plaintiffs' contention is more probably correct than incorrect. In other words, I am not satisfied, on the balance of probabilities, that the plaintiffs' predecessors had in 1788 the same links to the same areas of land as those which the plaintiffs now claim.

That finding necessarily disposed of the claim being made. However, the learned justice proceeded with a very comprehensive review of much of the case law regarding the rights of aborigines and the questions of the recognition and extinguishment of aboriginal title. It is obvious that all of the observations contained in his judgment following the finding of fact above set out were *obiter dicta.* In his review he dealt with the trial and appeal judgments in this case and said:

I consider, with respect, that *Calder's* case, though it is not binding on this Court, is weighty authority for these propositions:

1. In a settled colony there is no principle of communal native title except such as can be shown by prerogative or legislative act, or a course of dealing.

2. In a settled colony a legislative and executive policy of treating the land of the colony as open to grant by the Crown, together with the establishment of native reserves, operates as an extinguishment of aboriginal title, if that ever existed.

Acquisition Act, 1955-1966, ayant trait à l'acquisition de terres selon des conditions justes. Dans cette mesure, la question était différente de celle qui est ici en cause. Il était question de la validité d'une concession faite en vertu du *Lands Acquisition Act.*

Après avoir longuement passé en revue les faits et pièces historiques, de quelque 50 pages, le Juge Blackburn a rendu la décision suivante:

[TRADUCTION] Quant à moi, cette question de fait est de beaucoup la plus difficile de toutes les questions de fait de l'espèce. En dernier ressort, je peux uniquement dire jusqu'à quel point peut me convaincre toute la preuve: par là j'entends que je ne suis pas convaincu que la prétention des demandeurs est probablement plus exacte qu'inexacte. En d'autres termes, je ne suis pas convaincu, compte tenu de la balance des probabilités, que les prédécesseurs des demandeurs avaient en 1788 les mêmes attaches sur ces régions que celles que les demandeurs prétendent maintenant avoir.

Cette conclusion tranchait nécessairement le débat. Toutefois, le savant juge a passé en revue, d'une manière très exhaustive, une grande partie de la jurisprudence relative aux droits des aborigènes et aux questions de la reconnaissance et de l'extinction du titre aborigène. Il est évident que tous les commentaires formulés dans son jugement après la conclusion de fait précitée constituaient des *obiter dicta.* Au cours de son examen, il a parlé des jugements rendus en première instance et en appel dans la présente cause et a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Respectueusement, je considère que l'arrêt *Calder,* même s'il ne lie pas cette Cour, fait autorité en ce qui concerne les propositions suivantes:

1. Dans une colonie établie, il n'existe aucun principe à l'appui d'un titre aborigène communautaire, sauf s'il ressort d'un acte de prérogative ou d'une disposition législative, ou d'une façon habituelle de traiter.

2. Dans une colonie établie, lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont pour ligne de conduite de traiter les terres de la colonie comme pouvant être concédées par la Couronne, et que des réserves aborigènes sont constituées, cela a pour effet d'éteindre le titre aborigène, si celui-ci a jamais existé.

1973 CanLII 4 (SCC)

It will be seen that he fell into the same errors as did Gould J. and the Court of Appeal. The essence of his concurrence with the Court of Appeal judgment lies in his acceptance of the proposition that after conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer. That proposition is wholly wrong as the mass of authorities previously cited, including *Johnson v. McIntosh* and *Campbell v. Hall*, establishes.

One last issue remains to be dealt with. The respondent by way of preliminary objections argued that the Court had no jurisdiction to grant the declaration asked for because it impugns the Crown's title to the land by seeking to have it declared that there is a cloud on the title, namely aboriginal or Indian title, and secondly, that the Court has no jurisdiction to make the declaration as it would affect the rights of persons who have had no opportunity to be heard, and thirdly, that the Court has no jurisdiction to grant a declaration if the declaration cannot have any practical result. Neither Gould J. nor the Court of Appeal found it necessary to deal with these objections because they dismissed the action on other grounds. As I take the view that the action succeeds, I now deal with the objections.

Dealing with them in reverse order, it seems clear to me that if the declaration can be made it will have a most practical result, namely the right of the Nishgas to compensation if and when extinguishment should be attempted or takes place. As to the second objection, the appellants' position is that the Nishgas are not asking to disturb the rights of any persons or corporations which had been given grants or rights even though such grants were *ultra vires*. They are prepared to accept things as they are.

That leaves the first objection, and there are, in my view, two valid answers to it. It is a fact that British Columbia does not have a Crown

Nous verrons qu'il a commis les mêmes erreurs que le Juge Gould et la Cour d'appel. Il a essentiellement souscrit à l'avis de la Cour d'appel, en acceptant la proposition qu'après la conquête ou la découverte, les peuples aborigènes n'ont aucun droit à l'exception de ceux qui leur sont par la suite accordés ou reconnus par le conquérant ou le découvreur. Cette proposition est entièrement erronée, comme l'établit la masse des précédents précités, y compris les arrêts *Johnson v. McIntosh* et *Campbell v. Hall*.

Il reste une dernière question à déterminer. Par des objections préliminaires, l'intimé a soutenu que la Cour n'était pas compétente pour accorder la déclaration demandée parce que cette déclaration vise à contester le titre immobilier de la Couronne au moyen d'une disposition qui est de nature à y porter éventuellement atteinte, soit la déclaration qu'il existe un titre aborigène ou indien, puis, que la Cour n'est pas compétente pour faire la déclaration, étant donné que celle-ci porterait atteinte aux droits de personnes qui n'ont pas eu l'occasion d'être entendues, et troisièmement que la Cour n'est pas compétente pour accorder une déclaration si cette dernière ne peut avoir aucune conséquence pratique. Ni le Juge Gould ni la Cour d'appel n'ont estimé nécessaire de se prononcer sur ces objections parce qu'ils rejetaient l'action pour d'autres motifs. Étant donné que je suis d'avis d'accueillir l'action, je me prononcerai maintenant sur ces objections.

J'en parlerai dans l'ordre inverse; il me semble évident que si la déclaration peut être faite, elle aura une conséquence pratique, soit, le droit des Nishgas à l'indemnisation lorsqu'on tentera d'éteindre leurs droits ou lorsque l'extinction se fera. En ce qui concerne la seconde objection, les appelants affirment que les Nishgas ne demandent pas une modification des droits de personnes ou compagnies à qui l'on a accordé des concessions ou des droits, même si pareilles concessions sont *ultra vires*. Ils sont disposés à accepter l'état actuel des choses.

Il ne reste plus que la première objection; à mon avis, il y a deux réponses valables. Il est établi que contrairement à presque toutes les

1973 CanLII 4 (SCC)

Proceedings Act, which virtually all the other Provinces have, which confers on the citizen the right to commence an action and to have his rights vis-à-vis the Crown determined. Actions against the Crown in British Columbia are governed by the *Crown Procedure Act* and this Act provides for the historic petition of right procedure. Accordingly, it is argued by the respondent that actions against the Crown must have the consent of the Crown evidenced by a fiat in respect of the petition of right, but it was argued by the appellants that a writ claiming declaratory relief only does not fall within the provisions of the *Crown Procedure Act*.

autres provinces, la Colombie-Britannique n'a jamais adopté un *Crown Proceedings Act*, soit une loi conférant au citoyen le droit d'intenter une action et d'obtenir une décision quant à ses droits vis-à-vis de la Couronne. En Colombie-Britannique, les actions contre la Couronne sont régies par le *Crown Procedure Act* et cette loi crée la procédure historique de la pétition de droit. Par conséquent, l'intimé soutient que les actions contre la Couronne doivent être intentées avec le consentement de celle-ci, établi par une autorisation de poursuivre, en ce qui concerne la pétition de droit, mais les appelants ont d'autre part soutenu qu'un bref (writ) demandant uniquement un redressement déclaratoire n'est pas visé par les dispositions du *Crown Procedure Act*.

Historically there were two main avenues of pursuing a remedy against the Crown. There was the petition of right procedure, the beginning of which is aptly described by Holdsworth [*History of English Law*, 3rd ed., vol. 9, p. 8]:

> . . . it was recognized in Henry III's reign that the King could not be sued in his central courts of law because, like any other lord, he could not be sued in his own courts. But it was admitted that the king, as the fountain of justice and equity, could not refuse to redress wrongs when petitioned to do so by his subjects. The procedure to be followed in such cases was, like many other rules of English law, fixed in outline in Edward I's reign. It became an established rule that the subject, though he could not sue the king, could bring his petition of right, which, if acceded to by the king, would enable the courts to give redress.

Historiquement, il y avait deux principales voies de recours contre la Couronne. Il y avait la pétition de droit, dont l'origine a été décrite avec exactitude par Holdsworth [*History of English Law*, 3e éd., vol. 9, p. 8]:

> [TRADUCTION] . . . au cours du règne d'Henri III, il était reconnu que le roi ne pouvait pas être poursuivi devant ses tribunaux judiciaires centraux parce que, comme tout autre lord, il ne pouvait pas être poursuivi devant ses propres tribunaux. Mais il était reconnu que le roi, étant source de justice et d'équité, ne pouvait pas refuser de redresser des torts lorsque ses sujets lui demandaient de le faire. Les procédures qui devaient être suivies en pareil cas, ont été, comme de nombreuses autres règles du droit anglais, établies en gros au cours du règne d'Édouard I. Il devint de règle établie que le sujet, même s'il ne pouvait pas poursuivre le roi, pouvait présenter sa pétition de droit, laquelle, si le roi accédait à la demande, permettait aux tribunaux d'accorder un redressement.

This situation obtained more or less until the *Crown Proceedings Act* of England was enacted in 1947. Thereafter, a subject could invoke the jurisdiction of the courts *as of right* to have his position determined vis-à-vis the government.

Cette situation a plus ou moins prévalu jusqu'à l'adoption du *Crown Proceedings Act* anglais en 1947. Par la suite, les sujets pouvaient invoquer la compétence des tribunaux *de plein droit* en vue d'obtenir une décision sur leur situation vis-à-vis du gouvernement.

However, a vital exception must be noted to the foregoing. The petition of right procedure was the continuing rule of the day in the common law courts but not so elsewhere, *e.g.*, Exchequer.

Toutefois, il importe de noter une exception cruciale à ce qui précède. La procédure de la pétition de droit était la règle constante devant les tribunaux de common law, mais non pas ailleurs, par exemple, devant la Cour de l'Échiquier.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

Supplementing the petition of right procedure in an invaluable way was the jurisdiction of the Court of Exchequer to grant equitable relief against the Crown in its Bill procedure. This procedure was not subject to the pitfalls of "writs" which was the form of procedure followed in the common law courts.

Comme complément de la procédure de la pétition de droit, il y avait le pouvoir de la Cour de l'Échiquier, et c'était là un avantage inestimable, d'accorder un redressement en «equity» contre la Couronne par la *Bill procedure.* Cette procédure n'était pas sujette aux obstacles des «brefs» (writs), qui constituaient la forme de procédure suivie devant les cours de common law.

The jurisdiction of the Court of Exchequer to grant equitable relief against the Crown was asserted in *Pawlett v. Attorney-General* in 1668. Holdsworth outlines the salient features of the case [p. 30]:

. . . it was in the case of *Pawlett v. the Attorney-General* in 1668, that it was first clearly recognized that the subject was entitled to this [*equitable*] relief against the crown. In that case the plaintiff had mortgaged property to a mortgagee. The legal estate had descended to the mortgagee's heir, who had been attainted of treason. The King had therefore seized his property; and the plaintiff brought his bill in the Exchequer against the attorney-general for redemption. It was argued that the plaintiff could not proceed in this way, but must petition the King to allow him as a matter of grace and favour, [*petition of right*] to redeem. But the court held that the plaintiff was entitled to succeed.

La compétence qu'avait la Cour de l'Échiquier d'accorder un redressement en «equity» contre la Couronne a été affirmée dans l'arrêt *Pawlett* v. *Attorney General,* en 1668, Holdsworth énonce comme suit les faits saillants de l'affaire [p. 30]:

[TRADUCTION] . . . c'est dans l'arrêt *Pawlett v. The Attorney General,* rendu en 1688, que l'on a pour la première fois, clairement reconnu que le sujet avait droit à un redressement [*en «equity»*] contre la Couronne. Dans cette cause-là le demandeur avait hypothéqué une propriété en faveur d'un créancier hypothécaire. Le droit de propriété juridique avait été transmis à l'héritier de ce dernier qui avait été accusé de trahison. Le roi avait donc confisqué la propriété; le demandeur a poursuivi le procureur général par voie de *bill,* devant la Cour de l'Échiquier, en vue de racheter son bien. On a prétendu qu'il ne pouvait pas procéder de cette façon, mais qu'il devait présenter au roi une pétition visant à obtenir l'autorisation, accordée à titre gracieux, [*pétition de droit*] de racheter son bien. Mais la Cour a décidé que la demande du demandeur devait être accueillie.

In *Pawlett* the equitable title was vested in the plaintiff, the legal title in the Crown. None the less these facts did not inhibit the Court of Exchequer, Hale C. B. and Atkyns B. from giving relief in the absence of a petition of right and fiat. Holdsworth proceeds further to say that [p. 31]:

Dans l'affaire *Pawlett,* le titre en «equity» était dévolu au demandeur, le titre juridique à la Couronne. Néanmoins, ces faits n'ont pas empêché la Cour de l'Échiquier, composée du baron en chef Hale et du baron Atkyns, d'accorder un redressement sans qu'il y ait eu pétition de droit et autorisation de poursuivre. Holdsworth ajoute ce qui suit [p. 31]:

. . . the rule that equitable relief could be given without a petition of right, on a bill filed against the attorney-general, was stated perfectly generally in 1835.

[TRADUCTION] . . . la règle qu'un redressement en «equity» pouvait être accordé sans pétition de droit, par suite de l'introduction d'un bill contre le procureur général, a été énoncée de façon parfaitement générale en 1835.

For the latter proposition *Deare v. Attorney-General*[49], is cited as authority:

It is now settled law, therefore, that any court administering an equitable jurisdiction can give relief in this way.

There are, it is submitted, other than mere historical reasons for suggesting that the petition of right procedure should not, and does not, apply to proceedings seeking declaratory or equitable relief. Firstly, the petition of right procedure is conceptually one to assert proprietary rights evolved in an age of status and feudalism. A declaration is a far broader remedy and when considered analytically merely states the law, without determining, shifting or varying property interests. Furthermore, one must, given an historical awareness, be reluctant to apply a common law rule to fetter the operation of an equitable jurisdiction which co-existed for so many centuries. Kellock J., in *Miller v. The King*[50], said at p. 176:

With respect to a contention that there was no jurisdiction in the ordinary courts as to claims against the Crown where a petition of right would not lie, their Lordships in *Esquimalt and Nanaimo Rly. v. Wilson*, [1920] A.C. 358, said at page 365:

"But there are many cases in which petition of right is not applicable in which the Crown was brought before the Court of Chancery, and the Attorney-General, as representing the interests of the Crown, made defendant to an action in which the interests of the Crown were concerned . . ."

At page 367 their Lordships referred to what was said by Lord Lyndhurst in *Deare v. Attorney-General*, (1835) 1 Y. & C. 197, 208, namely:

[49] (1835), 1 Y. & C. Ex. 197 at p. 208.

[50] [1950] S.C.R. 168.

En ce qui concerne ce dernier énoncé, on invoque l'arrêt *Deare v. Attorney General*[49], à titre de précédent:

[TRADUCTION] Par conséquent, il est maintenant établi en droit que tout tribunal ayant une compétence en «equity» peut accorder un redressement de cette façon.

Il existe d'autres motifs que ceux d'ordre simplement historique de présumer que la procédure de la pétition de droit ne devrait pas s'appliquer et ne s'applique pas aux procédures en vue d'obtenir un redressement déclaratoire ou d'«equity». En premier lieu, la procédure de la pétition de droit est conçue comme une revendication de droits de propriété établis à une époque de statut et de féodalité. Une déclaration constitue un redressement beaucoup plus général et lorsqu'on l'analyse, elle énonce simplement le droit, sans entraîner une décision, un changement ou une modification à l'égard de droits de propriété. De plus, compte tenu de l'évolution historique, il faut hésiter à appliquer une règle de common law en vue d'empêcher l'application d'une compétence en «equity» qui a existé parallèlement durant de nombreux siècles. Dans l'affaire *Miller c. Le Roi*[50], p. 176, le Juge Kellock a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la prétention que les tribunaux ordinaires n'étaient pas compétents, relativement aux réclamations contre la Couronne, lorsqu'il n'y avait aucun recours par voie de pétition de droit, Leurs Seigneuries ont dit ce qui suit dans l'arrêt *Esquimalt and Nanaimo Rly.* v. *Wilson*, [1920] A.C. 358, p. 365:

[TRADUCTION] «Mais il existe de nombreux cas dans lesquels la pétition de droit ne s'applique pas et dans lesquels la Couronne a été amenée devant la Court of Chancery et le procureur général, à titre de représentant des intérêts de la Couronne, appelé en défense, dans une action dans laquelle les intérêts de la Couronne étaient en jeu . . .»

A la page 367, Leurs Seigneuries ont fait mention de ce qui a été dit par Lord Lyndhurst dans l'arrêt *Deare* v. *Attorney-General*, (1835) 1 Y. & C. 197, 208, soit:

[49] (1835), 1 Y. & C. Ex. 197 à la p. 208.

[50] [1950] R.C.S. 168.

1973 CanLII 4 (SCC)

"I apprehend that the Crown always appears by the Attorney-General in a Court of Justice, especially in a Court of Equity, where the interest of the Crown is concerned. Therefore, a practice has arisen of filing a bill against the Attorney-General or of making him a party to a bill, where the interest of the Crown is concerned."

Moreover, it cannot be said that when the petition of right jurisprudence was being formulated that it was contemplated that it should apply to declaratory remedies. The declaratory remedy in the absence of concomitant consequential relief emerged only in the 19th century. The application of the ancient common law rule then would have to be one of deliberate judicial policy to constrain the remedies of the subject against the Crown, a policy of dubious validity today. It is much too late for the Courts to place obstructions in the path of citizens seeking redress against Government by resort to ancient judicial procedures.

A further aspect of the historical analysis deserves consideration. An action for a declaratory judgment will lie in the absence of a cause of action in the traditional sense: *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*[51] at pp. 557-562. The rule dealt with in *Hannay* is identical, with one minor exception, to British Columbia O.25, R.5, M.R.285, which reads:

No action or proceedings shall be open to objection, on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right, whether any consequential relief is or could be claimed or not.

In the English rule the word "proceeding" is used whereas the British Columbia rule says "proceedings".

Pickford L.J. said, respecting the rule under discussion, in *Hannay* at p. 562:

The next contention is that, even if there is no necessity for a cause of action, the declaration can

[51] [1915] 2 K.B. 536.

«Je comprends que la Couronne comparaît toujours par l'intermédiaire du procureur général devant un tribunal judiciaire, et particulièrement devant une Court of Equity, lorsque l'intérêt de la Couronne est en jeu. Par conséquent, on a pris l'habitude d'introduire un bill contre le procureur général, ou de l'appeler à titre de partie dans un bill, lorsque l'intérêt de la Couronne est en jeu.»

De plus, il est impossible de dire que lorsque la jurisprudence ayant trait à la pétition de droit a été formulée, elle devait s'appliquer aux recours déclaratoires. Le redressement déclaratoire, lorsqu'il n'y avait pas de recours résultant concomitant, n'est apparu qu'au 19e siècle. L'application de l'ancienne règle de common law constituerait donc une ligne de conduite judiciaire délibérée en vue d'empêcher les recours du sujet contre la Couronne, ligne de conduite d'une validité douteuse de nos jours. Il est beaucoup trop tard pour que les tribunaux entravent les citoyens qui demandent un redressement au moyen de procédures judiciaires.

Il faut examiner un autre aspect de l'analyse historique. Une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire pourra être intentée à défaut d'une cause d'action au sens traditionnel: *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*[51], pp. 557-562. La règle dont il était question dans l'arrêt *Hannay* est identique, à une petite exception près, à l'ordonnance 25 de la Colombie-Britannique, règle 5, règle marginale 285, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] On ne peut soulever d'objection à l'encontre d'une action ou de procédures pour le motif qu'un simple jugement déclaratoire ou qu'une simple ordonnance déclaratoire est demandée, et la Cour peut faire des déclarations obligatoires de droit, qu'un redressement résultant soit demandé ou non ou puisse l'être ou non.

Dans la règle anglaise, le terme "procédure" est employé alors que dans la règle de la Colombie-Britannique, on parle de "procédures".

Au sujet de la règle à l'étude, le Juge Pickford a dit, dans l'arrêt *Hannay*, p. 562:

[TRADUCTION] L'autre prétention est que, même si aucune cause d'action n'est nécessaire, la déclaration

[51] [1915] 2 K.B. 536.

only be made at the instance of the person claiming the right and intending to assert it if it should become necessary. I can find no such limitation in the words of the rule, and I can see no reason why it should be imposed if it is once established that a declaration can be made where no consequential relief can be given. No such limitation, so far as I know, has been suggested in the analogous procedure under Order LIV.A of declaring rights arising out of documents. But I think this point again is covered by authority in the cases of *Dyson v. Attorney-General,* [1912] 1 Ch. 158, and *Burghes v. Attorney-General,* [1912] 1 Ch. 173. The plaintiffs in those cases were not claiming to exercise any right; they claimed a declaration that a document which might be used to make a demand upon them was invalid and got it.

I think therefore that the effect of the rule is to give a general power to make a declaration whether there be a cause of action or not, and at the instance of any party who is interested in the subject-matter of the declaration. . . . .

Ex hypothesi this class of case would be *without* the petition of right procedure which is postulated on traditional and ancient rights and "causes of action". In other words, a proceeding seeking declaratory relief is not the kind of "action" within the rule requiring a petition of right to assert a declaratory remedy against the Crown.

There is a further and, I think, complete answer to the first preliminary objection. In this action the appellants assert that certain Acts and Orders and Proclamations of Governors Douglas and Seymour and of the Council of the Colony of British Columbia were *ultra vires*. That issue was spelled out clearly in the statement of claim and in the reply. It has been held by this Court in *British Columbia Power Corporation, Limited v. British Columbia Electric Co. Ltd. et al.*[52] that the absence of a fiat under the *Crown Procedure Act* of British Columbia was not fatal to the right to bring the action. Kerwin C.J. said:

[52] [1962] S.C.R. 642.

peut uniquement être faite à la demande de la personne revendiquant le droit et entendant le revendiquer le cas échéant. Je ne puis trouver aucune restriction semblable dans les termes de la règle, et je ne puis voir pourquoi il faudrait en imposer une s'il est établi qu'une déclaration peut être faite lorsqu'un redressement résultant ne peut être accordé. Aucune restriction semblable, pour autant que je sache, n'a été suggérée dans la procédure analogue de déclaration de droits découlant de documents, prévue par l'ordonnance LIV.A. Mais j'estime que ce point a été réglé dans les arrêts *Dyson v. Attorney-General,* [1912] 1 Ch. 158, et *Burghes v. Attorney-General,* [1912] 1 Ch. 173. Dans ces affaires, les demandeurs ne revendiquaient pas l'exercice de quelque droit; ils demandaient une déclaration énonçant qu'un document susceptible d'être utilisé en vue de faire une demande était invalide, et ils ont obtenu cette déclaration.

Je crois donc que la règle a pour effet de conférer un pouvoir général de faire une déclaration, qu'il y ait une cause d'action ou non, et ce, à la demande de toute partie intéressée à l'objet de la déclaration. . . . . .

Ex hypothesi, cette catégorie de causes ne serait pas visée par la procédure de la pétition de droit qui est établie pour des droits traditionnels et anciens et des "causes d'action". En d'autres termes, une procédure en vue d'obtenir un redressement déclaratoire n'est pas le genre d'"action" visé par la règle prescrivant une pétition de droit, lorsque l'on cherche à faire valoir un recours déclaratoire contre la Couronne.

Il existe une autre réponse, que je crois complète, à la première objection préliminaire. Dans la présente action, les appelants affirment que certaines lois, ordonnances et proclamations des gouverneurs Douglas et Seymour et du Conseil de la colonie de la Colombie-Britannique étaient *ultra vires*. Cette question a été énoncée clairement dans la déclaration et dans la réponse. Cette Cour a décidé, dans l'arrêt *British Columbia Power Corporation, Limited c. British Columbia Electric Co. Ltd.*[52], que le défaut d'obtenir une autorisation en vertu du *Crown Procedure Act* de la Colombie-Britannique n'était pas un vice fatal au droit d'intenter une action. Le Juge en chef Kerwin a dit ce qui suit:

[52] [1962] R.C.S. 642.

1973 CanLII 4 (SCC)

1973 CanLII 4 (SCC)

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid.

[TRADUCTION] Dans un système fédéral, lorsque le pouvoir législatif est partagé, comme le sont également les prérogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, j'estime que la Couronne, du chef du Canada ou du chef d'une province, ne peut pas revendiquer une immunité particulière fondée sur un intérêt dans une certaine propriété, lorsque l'intérêt même qu'elle détient dépend complètement et uniquement de la validité d'une loi qu'elle a elle-même adoptée, s'il existe un doute raisonnable au sujet de la question de savoir si pareille loi est constitutionnelle. En l'autorisant à invoquer cette immunité, on se trouverait à lui permettre, par la revendication de droits en vertu d'une loi inconstitutionnelle, d'obtenir les mêmes résultats que si cette loi était valide.

The validity of what was done by Governors Douglas and Seymour and by the Council of the Colony of British Columbia is a vital question to be decided in this appeal and the Province cannot be permitted to deny access by the Nishgas to the Courts for the determination of that question.

La validité des actes des gouverneurs Douglas et Seymour et du Conseil de la colonie de la Colombie-Britannique est une question vitale sur laquelle il faut statuer dans le présent appel et la province ne peut pas être autorisée à empêcher les Nishgas de demander aux tribunaux de se prononcer sur cette question.

I would, therefore, allow the appeal with costs throughout and declare that the appellants' right to possession of the lands delineated in ex. 2 with the exceptions before mentioned and their right to enjoy the fruits of the soil, of the forest, and of the rivers and streams within the boundaries of said lands have not been extinguished by the Province of British Columbia or by its predecessor, the Colony of British Columbia, or by the Governors of that Colony.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens en toutes les cours et de déclarer que le droit des appelants à la possession des terres délimitées dans la pièce 2, sous réserve des exceptions dont il est ci-dessus fait mention, et leur droit de jouir des fruits du sol des forêts et des rivières et cours d'eau, dans les limites desdites terres, n'ont pas été éteints par la province de Colombie-Britannique ou par son prédécesseur, la colonie de la Colombie-Britannique, ou par les gouverneurs de cette colonie.

PIGEON J.—This is an appeal by special leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia affirming the judgment of Gould J. in the Supreme Court of British Columbia dismissing an action in that Court claiming "a declaration that the aboriginal title, otherwise known as the Indian title, of the plaintiffs to their ancient tribal territory hereinbefore described, has never been lawfully extinguished".

LE JUGE PIGEON—Il s'agit d'un pourvoi porté à la suite d'une autorisation spéciale de cette Cour contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique confirmant le jugement de M. le Juge Gould, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui a rejeté l'action intentée devant cette dernière Cour en vue d'obtenir [TRADUCTION] «une déclaration suivant laquelle le titre aborigène, autrement dit titre indien, que les demandeurs détiennent sur leur ancien territoire tribal ci-dessus décrit, n'a jamais été juridiquement éteint».

In his reasons for judgment, Gould J. after reviewing the facts and referring to the *St. Catherine's* case, said:

In the instant case sovereignty over the delineated lands came by exploration of *terra incognita* (see *Johnson v. McIntosh* (supra)), no acknowledgment at any time of any aboriginal rights, and specific dealings with the territory so inconsistent with any Indian claim as to constitute the dealings themselves a denial of any Indian or aboriginal title. As the Crown had the absolute right to extinguish, if there was anything to extinguish, the denial amounts to the same thing, sans the admission that an Indian or aboriginal title had ever existed. There is nothing to suggest that any ancient rights, if such had ever existed prior to 1871 and had been extinguished, were revived by British Columbia's entry into Confederation and becoming subject to the "British North America Act, 1867".

Dans ses motifs de jugement, après avoir passé les faits en revue et s'être reporté à l'arrêt *St. Catherine's*, M. le Juge Gould a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] En la présente espèce, la souveraineté sur les terres délimitées découle de l'exploration de terres inconnues (voir arrêt *Johnson v. McIntosh*, précité); il n'y a jamais eu de reconnaissance d'aucun droit aborigène et les marchés ayant spécifiquement trait au territoire vont tellement à l'encontre d'aucun droit indien qu'ils constituent eux-mêmes une dénégation de tout titre indien ou aborigène. Étant donné que la Couronne avait un droit absolu d'extinction, si tant est que quelque chose restait à éteindre, la dénégation équivaut à la même chose, sans qu'il soit reconnu qu'un titre indien ou aborigène ait déjà existé. Rien ne fait supposer que quelque ancien droit, ayant pu exister avant 1871 et ayant pu être éteint, a été ranimé par l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération et son assujettissement à l'«acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867».

It is convenient here to deal with the third preliminary objection of defendant referred to earlier, that this matter required the granting of a fiat as a prerequisite to adjudication. In the light of opinions already expressed it is not necessary to decide on this question so interestingly argued by both counsel. It is not the usual judicial course to decide on the merits and then deal with the preliminary objections, but I think the comity of our courts as an institution would have suffered had these plaintiffs been told judicially that their clearly enunciated claim would get no adjudication because it had been brought in the wrong form.

Il est utile de parler ici de la troisième objection préliminaire du défendeur, déjà mentionnée, selon laquelle il faut obtenir une autorisation avant qu'une décision puisse être rendue. Étant donné les opinions déjà exprimées, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur cette question qui fut plaidée d'une façon fort intéressante par les avocats des deux parties. Les tribunaux n'ont pas l'habitude de se prononcer sur le fond, puis de statuer sur les objections préliminaires, mais je crois que la Cour aurait agi au détriment du respect porté à nos tribunaux à titre d'institution si elle avait dit aux présents demandeurs que leur réclamation formulée en termes clairs ne pouvait entraîner aucune décision parce qu'elle n'avait pas été faite dans les formes.

In the Court of Appeal, the finding adverse to the plaintiffs on the merits was upheld without any reference to the preliminary objections, save in the reasons of Maclean J.A. at the end of which he said:

In view of the decision I have arrived at, I do not consider it necessary to deal with the three formidable preliminary objections raised by the respondent as follows:

1. The Court does not have jurisdiction to grant the declaration sought because it impugns the Crown's title to the land by seeking to have it

En Cour d'appel, la conclusion sur le fond, défavorable aux demandeurs, a été confirmée sans qu'il soit fait mention des objections préliminaires, sauf par M. le Juge d'appel Maclean, qui, à la fin de ses motifs, a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Étant donné la décision à laquelle j'en suis venu, j'estime qu'il est inutile de me prononcer sur ces trois importantes objections préliminaires soulevées par l'intimé:

1. La Cour n'est pas compétente pour faire la déclaration demandée parce que cette déclaration vise à contester le titre de la Couronne au

1973 CanLII 4 (SCC)

declared that there is a cloud on the title, i.e. Indian title.

2. The Court has no jurisdiction to make the declaration because it will affect the rights of others who have had no opportunity to be heard. Audi Alteram Partem.
3. The Court ought not to grant a declaration if it can have no practical consequences.

If the objection that the granting of a fiat is a prerequisite to adjudication merely meant that the proceedings were instituted "in the wrong form", it certainly should not be considered for a moment, especially in this Court and at its stage. However, I feel bound by high authority to hold that the granting of a fiat, when required, is a condition of jurisdiction. Furthermore, the decision of the executive to withhold the granting of a fiat is one from which there is no appeal: *Lovibond v. Governor General of Canada*[53].

In *Attorney-General for Ontario v. McLean Gold Mines*[54], an action was brought against the Attorney-General, the Minister of Mines and the registered owners of some mining claims under a new grant made after forfeiture of previous grants, claiming *inter alia* a declaration that the plaintiffs were the true owners of those mining claims. The Court of Appeal, reversing the trial judge, granted a declaration that the proceedings for forfeiture of the claims were null and void. This judgment was reversed in the Privy Council for the sole reason that the declaration had been made in violation of the Crown's prerogative "to decline to be impleaded in the Courts for the recovery of property otherwise than by a petition for the hearing and disposition of which it has accorded its fiat". Anglin C. J. who delivered the judgment in the Privy Council, said:

[53] [1930] A.C. 717.
[54] [1927] A.C. 185.

moyen d'une disposition, soit la déclaration qu'il existe un titre indien, qui est de nature à y porter éventuellement atteinte.

2. La Cour n'est pas compétente pour faire la déclaration parce que celle-ci porterait atteinte aux droits de tiers qui n'ont pas eu l'occasion d'être entendus. Audi alteram partem.
3. La Cour ne devrait pas faire une déclaration si celle-ci ne peut avoir aucune conséquence pratique.

Si l'objection qu'il faut obtenir une autorisation avant qu'une décision puisse être rendue signifiait simplement que les procédures n'ont pas été engagées dans les formes, à coup sûr, elle ne devrait absolument pas être considérée, particulièrement en cette Cour et à ce stade de la procédure. Toutefois, d'importants précédents m'obligent à décider que l'obtention d'une autorisation, le cas échéant, est une condition de la compétence. De plus, la décision du pouvoir exécutif de ne pas accorder une autorisation de poursuivre n'est pas sujette à appel: *Lovibond v. Governor General of Canada*[53].

Dans l'affaire *Attorney-General for Ontario v. McLean Gold Mines*[54], dans laquelle une action avait été intentée contre le procureur général, le ministre des mines et les propriétaires enregistrés de certains claims miniers suivant une nouvelle concession faite après la confiscation de concessions antérieures, on demandait entre autres une déclaration que les demandeurs étaient les véritables propriétaires des claims. La Cour d'appel, infirmant le jugement du juge de première instance, a accordé une déclaration selon laquelle les procédures en vue de faire prononcer la confiscation des claims étaient nulles et de nul effet. Ce jugement a été infirmé par le Conseil privé pour l'unique motif que la déclaration avait été faite en violation de la prérogative qu'a la Couronne [TRADUCTION] «de refuser d'être amenée devant les tribunaux en vue de la remise en possession de biens, sauf par une pétition pour l'audition et la décision de laquelle elle a accordé son autorisation». M. le Juge en chef Anglin, qui a rendu jugement au Conseil privé, a dit ce qui suit:

[53] [1930] A.C. 717.
[54] [1927] A.C. 185.

1973 CanLII (SCC)

It is obvious that it is vital to the success of plaintiffs that they should obtain the particular declaration and order last set forth. Had the judgment merely set aside the Crown grants to Fuller and his transfers to the defendant company and vacated the registration of these several instruments, the result would have been to leave the title to the mining claims vested in the Crown. Indeed, it is essential to the plaintiffs' status to seek relief against the defendant company that they should reestablish their interest in the lands by avoiding the forfeiture of that interest under the provisions of the Mining Tax Act. Until that has been done the plaintiffs cannot be regarded as having any interest which would enable them to impeach the title of the defendant company.

However the plaintiffs' claim may be viewed, it seeks in substance and reality to avoid the title acquired by and vested in the Crown as the result of the impugned forfeiture. The real matter in issue is the Crown's title . . . . .

The plaintiffs' claim is for the recovery of property "which has been granted or disposed of by or on behalf of His Majesty," and it rests on the assertion that His Majesty could not effectively grant or dispose of that property because he lacked title thereto, owing to the invalidity of the forfeiture proceedings on which that title depended.

Such a case differs widely from that with which this Board was called upon to deal in *Esquimalt and Nanaimo Ry. Co. v. Wilson* ([1920] A.C. 358, 363), relied upon by the respondents. There, as Lord Buckmaster observed, "the title of the Crown to the land (was) not in controversy." . . . . .

. . . In the case now before their Lordships the plaintiffs, in order to recover the lands they seek, must first set aside the forfeiture proceedings which, if valid, extinguished their ownership of them and vested the title to those lands in the Crown.

This feature of the present litigation serves to distinguish it from *Dyson v. Attorney-General* ([1911] 1 K.B. 410, 414, 421, 422), and also from two cases in the Ontario Courts cited for the respondents: *Farah v. Glen Lake Mining Co.* (17 Ont. L.R. 1) and *Zock v. Clayton* (28 Ont. L.R. 447).

Concerning the contention that the making of the declaration prayed for could be considered as an exercise of equitable jurisdiction, I must

[TRADUCTION] De toute évidence, pour que l'action des demandeurs soit accueillie, il faut qu'ils obtiennent la déclaration et l'ordonnance particulières exposées en dernier lieu. Si le jugement avait simplement annulé les concessions de la Couronne à Fuller et les transferts de celui-ci à la compagnie défenderesse et avait radié l'enregistrement de ces divers actes, le titre sur les claims miniers serait demeuré à la Couronne. De fait, il est essentiel pour que les demandeurs soient en mesure de demander un redressement contre la compagnie défenderesse, qu'ils rétablissent leurs droits sur les biens-fonds en annulant la confiscation de ces droits sous le régime des dispositions du Mining Tax Act. Tant que ce n'est pas fait, les demandeurs ne peuvent pas être considérés comme ayant quelque droit leur permettant de contester le titre de la compagnie défenderesse.

Toutefois, il est possible d'interpréter la réclamation des demandeurs comme ayant essentiellement et réellement pour but d'annuler le titre acquis par la Couronne et dévolu à celle-ci par suite de la confiscation contestée. La véritable question en litige a trait au titre de la Couronne. . . . . .

Les demandeurs réclament la remise en possession de biens «qui ont été concédés ou aliénés par Sa Majesté ou par ses représentants»; ils disent que Sa Majesté ne pouvait pas efficacement concéder ou aliéner ces biens parce qu'elle n'y avait aucun titre, étant donné l'invalidité des procédures de confiscation dont dépendait celui-ci.

Cette cause est très différente de celle dont ce Comité a été saisi dans l'affaire *Esquimalt and Nanaimo Ry. Co. v. Wilson,* ([1920] A.C. 358, 363), invoquée par les intimés. Dans cette cause-là, comme l'a signalé Lord Buckmaster, "le titre de la Couronne sur les biens-fonds (n'était pas) controversé." . . . . .

. . . En la présente espèce, pour être remis en possession des biens-fonds qu'ils réclament, les demandeurs doivent d'abord faire annuler les procédures de confiscation, qui, si elles sont valides, ont éteint leur droit de propriété et investi la Couronne du titre afférent à ces biens-fonds.

Cet aspect du présent litige nous permet de le distinguer de l'affaire *Dyson v. Attorney-General* ([1911] 1 K.B. 410, 414, 421, 422), et de deux autres arrêts rendus par les tribunaux ontariens et invoqués par les intimés: *Farah v. Glen Lake Mining Co.* (17 Ont. L.R. 1) et *Zock v. Clayton* (28 Ont. L.R. 447).

Au sujet de la prétention que la déclaration demandée pourrait être considérée comme constituant l'exercice d'une compétence en «equity»,

1973 CanLII 4 (SCC)

say that I fail to see how it could be so and how this could be reconciled with the decision above referred to. The substance of the claim is that the Crown's title to the subject land is being questioned, its assertion of an absolute title in fee being challenged on the basis of an adverse title which is said to be a burden on the fee.

It has been pointed out that in their statement of claim the plaintiffs alleged that some pre-confederation B.C. legislation by proclamations and statutes was *ultra vires* and reference was made to authorities holding that there is jurisdiction to issue, without a fiat obtained on a petition of right, declaratory judgments respecting the invalidity of legislation. The answer to this contention is that plaintiffs do not pray for any such declaration. Assuming the Court had jurisdiction to make it, this would not give it jurisdiction to make another quite different declaration. Furthermore, in view of s. 129, *B.N.A. Act*, I doubt very much that the constitutional validity of pre-confederation legislation affecting Indians or Indian lands can be made in proceedings instituted against the provincial attorney-general.

Concerning the decision of this Court in *B.C. Power Corporation Ltd. v. British Columbia Electric Co. Ltd.*[55], I would point out that the *ratio decidendi* is that the constitutional division of authority under the *B.N.A. Act* was the basis of the alleged invalidity of the impugned legislation. No such question arises in this case. No post-confederation legislation is in question.

For all those reasons, I have to uphold the preliminary objection that the declaration

[55] [1962] S.C.R. 642.

je dois dire que je ne puis voir comment il pourrait en être ainsi et comment cela pourrait être concilié avec la décision précitée. Par la demande, on remet essentiellement en question le titre de la Couronne sur les terres concernées, on conteste sa revendication d'un droit absolu de propriété en se fondant sur un titre rival qui, dit-on, grève la propriété.

Il a été signalé que dans leur déclaration, les demandeurs allèguent que certaines dispositions législatives de la Colombie-Britannique, datant d'avant la Confédération et adoptées sous la forme de proclamations et de lois, sont *ultra vires;* et il a été fait mention de certains précédents dans lesquels il a été décidé que les cours sont compétentes, même sans autorisation sur pétition de droit, pour rendre des jugements déclaratoires de la nullité de textes législatifs. La réponse à cette prétention c'est que les demandeurs ne réclament aucune déclaration semblable. Même en acceptant que la Cour a cette compétence, cela ne lui donne pas le pouvoir d'émettre une déclaration d'un autre genre. De plus, étant donné l'art. 129 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, je me demande réellement si la question de la constitutionnalité de dispositions législatives datant d'avant la Confédération et touchant aux Indiens ou aux terres indiennes peut être décidée dans des procédures engagées contre le procureur général de la province.

Au sujet de la décision que cette Cour a rendue dans l'affaire *B.C. Power Corporation Ltd. c. British Columbia Electric Co. Ltd.*[55], je signale que la *ratio decidendi* était la suivante, savoir que le partage des pouvoirs en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* servait de fondement à l'allégation que les dispositions législatives contestées étaient inconstitutionnelles. En la présente espèce, aucune question semblable ne se pose. Aucune disposition législative datant d'après la Confédération n'est en question.

Pour tous ces motifs, je dois accueillir l'objection préliminaire selon laquelle la déclaration

[55] [1962] R.C.S. 642.

prayed for, being a claim of title against the Crown in the right of the Province of British Columbia, the Court has no jurisdiction to make it in the absence of a fiat of the Lieutenant-Governor of that Province. I am deeply conscious of the hardship involved in holding that the access to the Court for the determination of the plaintiffs' claim is barred by sovereign immunity from suit without a fiat. However, I would point out that in the United States, claims in respect of the taking of lands outside of reserves and not covered by any treaty were not held justiciable until legislative provisions had removed the obstacle created by the doctrine of immunity. In Canada, immunity from suit has been removed by legislation at the federal level and in most provinces. However, this has not yet been done in British Columbia.

I would therefore dismiss the appeal and make no order as to costs.

Appeal dismissed, HALL, SPENCE *and* LASKIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellants: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.

demandée étant la revendication d'un titre contre la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique, la Cour n'est pas compétente pour faire cette déclaration à défaut d'une autorisation du lieutenant-gouverneur de cette province. Je suis parfaitement conscient des difficultés que peut causer le fait de décider que l'accès aux tribunaux pour faire statuer sur la réclamation des demandeurs se trouve fermé en raison de l'immunité du Souverain contre les poursuites intentées sans autorisation. Toutefois, je dois signaler qu'aux États-Unis, il a été décidé que les réclamations portant sur la prise de terres situées en dehors des réserves et non visées par quelque traité ne pouvaient être entendues que si des dispositions législatives avaient enlevé l'obstacle créé par la doctrine de l'immunité. Au Canada, l'immunité contre les poursuites a été enlevée par la loi, au niveau fédéral et dans la plupart des provinces. Mais, ce n'est pas le cas en Colombie-Britannique.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Appel rejeté; LES JUGES HALL, SPENCE *et* LASKIN *étant dissidents.*

Procureur des appelants: Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Russell & DuMoulin, Vancouver.

1973 CanLII 4 (SCC)