

T-2172-99
2013 FC 6

T-2172-99
2013 CF 6

Harry Daniels, Gabriel Daniels, Leah Gardner, Terry Joudrey and the Congress of Aboriginal Peoples (Plaintiffs)

Harry Daniels, Gabriel Daniels, Leah Gardner, Terry Joudrey et le Congrès des peuples autochtones (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Attorney General of Canada (Defendants)

Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada (défendeurs)

INDEXED AS: DANIELS v. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT)

RÉPERTORIÉ : DANIELS c. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

Federal Court, Phelan, J.—Ottawa, May 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 30, 31, June 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 27, 28, 29 and 30, 2011; January 8, 2013.

Cour fédérale, juge Phelan—Ottawa, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 30 et 31 mai, 1^{er}, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 27, 28, 29 et 30 juin 2011; 8 janvier 2013.

Aboriginal Peoples — Métis and Non-Status Indians — Action seeking declarations that Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24); owed fiduciary duty as Aboriginal people; have right to be consulted, negotiated with by federal government — Principal issue whether federal government having jurisdiction to make laws in respect of Métis, Non-Status Indians under s. 91(24) — Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning of s. 91(24) — Evidence, key events, circumstances dating from pre-Confederation indicating federal policy of accepting Métis as “Indians” — Administrative line between Indians, Métis unclear or indistinct — “Indianness” distinguishing feature of Métis, Non-Status Indians — Actions of federal government vis-à-vis “Indians” indicative of intent, scope of s. 91(24) — Purposes of s. 91(24) power broader than protection of Indians, lands — Term “Indian” in s. 91(24) broader than in Indian Act — Supreme Court of Canada aware in Reference whether “Indians” includes “Eskimo” of intent to include broad range of people of aboriginal heritage in s. 91(24) — Purpose of Indian power including intent to control all people of aboriginal heritage — Recognition of Métis, Non-Status Indians as Indians under s. 91(24) removing constitutional uncertainty — Declaration as to fiduciary duty dismissed — While fiduciary relationship existing as a matter of law flowing from declaration Métis, Non-Status Indians “Indians” pursuant to s. 91(24), declaration sought made without specific facts about which duty breached — As for duty to consult, negotiate, absent better particulars, not possible for Court to offer any guidance — Action allowed in part.

Peuples autochtones — Métis et Indiens non inscrits — Action visant à obtenir un jugement déclarant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867; qu’il y a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, puisqu’ils sont Autochtones; qu’ils ont le droit d’être présents aux négociations et d’être consultés par le gouvernement fédéral — Il s’agissait principalement de savoir si le gouvernement fédéral a compétence pour faire des lois à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits en vertu de l’art. 91(24) — Les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’art. 91(24) — D’après des éléments de preuve, des circonstances et des événements clés datant de la période précédant la Confédération, la politique fédérale était d’accepter les Métis en tant qu’« Indiens » — Sur le plan administratif, la démarcation entre les Indiens et les Métis était floue et vague — La « quiddité indienne » est le facteur qui distingue les Métis et les Indiens non inscrits — Les mesures prises par le gouvernement fédéral à l’égard des « Indiens » révèlent l’objectif et la portée de l’art. 91(24) — Les objectifs prévus à l’art. 91(24) sont bien plus larges que le pouvoir de protéger les Indiens et leurs terres — Le terme « Indiens », tel qu’employé à l’art. 91(24), a une portée plus large qu’au sens de la Loi sur les Indiens — Dans le renvoi Reference whether “Indians” includes “Eskimo”, la Cour suprême du Canada a établi que l’objectif de l’art. 91(24) était d’inclure un large éventail de personnes d’ascendance autochtone — L’un des objectifs de la compétence sur les Indiens était l’intention d’avoir le contrôle sur tous les gens

d'ascendance autochtone — La reconnaissance que les Métis et les Indiens non inscrits sont visés par l'art. 91(24) fait disparaître toute incertitude constitutionnelle — La demande de jugement déclaratoire quant à l'obligation de fiduciaire est rejetée — Bien qu'il existe une relation fiduciaire qui est une conséquence juridique du jugement déclaratoire portant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des Indiens au sens de l'art. 91(24), la demande de jugement déclaratoire n'alléguait pas de faits précis pour déterminer l'obligation qui aurait été l'objet d'un manquement — En l'absence de détails plus précis sur ce qui doit faire l'objet de consultations ou de négociations, la Cour ne peut donner aucune directive — Action accueillie en partie.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — “Indianness” distinguishing feature of Métis, Non-Status Indians — Evidence, key events, circumstances dating from pre-Confederation indicating federal policy of accepting Métis as “Indians” — Actions of federal government vis-à-vis “Indians” indicative of intent, scope of s. 91(24) — Purpose of Indian power including intent to control all people of aboriginal heritage.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — La « quiddité indienne » est le facteur qui distingue les Métis et les Indiens non inscrits — D'après des éléments de preuve, des circonstances et des événements clés datant de la période précédant la Confédération, la politique fédérale était d'accepter les Métis en tant qu'« Indiens » — Les mesures prises par le gouvernement fédéral à l'égard des « Indiens » révèlent l'objectif et la portée de l'art. 91(24) — L'un des objectifs de la compétence sur les Indiens était l'intention d'avoir le contrôle sur tous les gens d'ascendance autochtone.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Whether Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35 of little assistance to interpretation of s. 91(24) — Assertion of identity with one section 35 Aboriginal group not precluding inclusion in subsection 91(24) — Maxim expressio unius est exclusio alterius not totally applicable to s. 91(24).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Il s'agissait de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle 1867 — L'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 n'est guère utile pour interpréter l'art. 91(24) — L'affirmation de l'appartenance à l'un des groupes autochtones prévus à l'article 35 ne fait pas obstacle à l'inclusion dans la portée de l'art. 91(24) — La maxime « expressio unius est exclusio alterius » n'est pas entièrement applicable à l'art. 91(24).

Crown — Prerogatives — Whether Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Misplaced to contend that Aboriginal treaties not relating to Constitution Act, 1867, s. 91(24) — S. 91(24) giving authority to federal Crown to exercise treaty power — Prerogative power in respect of treaties subsumed in s. 91(24).

Couronne — Prerogatives — Il s'agissait de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Il est injustifié de prétendre que les traités avec les Autochtones ne sont pas visés par l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — L'art. 91(24) confère à la Couronne fédérale l'autorité en matière de conclusion de traités — Toute prérogative en matière de traités est incluse à l'art. 91(24).

Construction of Statutes — Whether Métis, Non-Status Indians “Indians” within meaning Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Purposive approach applied herein — In case of constitutional power having racial tones, history not determining purpose for all time — Racial stereotyping not proper basis for constitutional interpretation — Judicial caveat in

Interprétation des lois — Il s'agissait de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Une approche téléologique a été appliquée en l'espèce — Dans les cas de compétence constitutionnelle ayant une connotation raciale, l'histoire ne fixe pas l'objectif pour toujours —

Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23 speaking to reliability of debates, correspondence as basis for concluding on breadth of head of power — Greater reliance placed herein on actions of federal government vis-à-vis “Indians” as indicative of intent, scope of s. 91(24) — Purposes of s. 91(24) power broader than protection of Indians, lands — Term “Indian” in s. 91(24) broader than in Indian Act — Constitution Act, 1982, s. 35 of little assistance to interpretation of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Assertion of identity with one section 35 Aboriginal group not precluding inclusion in subsection 91(24) — Maxim expressio unius est exclusio alterius not totally applicable to s. 91(24).

This was an action seeking declarations that Métis and Non-Status Indians are “Indians” within the meaning of the expression “Indians, and Lands reserved for the Indians” in the head of power under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*; are owed a fiduciary duty as Aboriginal people by the Queen in right of Canada; and have the right to be consulted and negotiated with by the federal government.

The plaintiffs grounded their claims on the basis that: (a) the Métis people in Rupert’s Land and the Northwest Territories were part of the peoples called “aborigines” and that after jurisdiction over them was transferred to the federal government, they were considered “Indians” and treated as such in legislation and practice; (b) that Non-Status Indians are Indians to whom, from time to time, the *Indian Act* did not apply but had either maternal or paternal ancestors who were Indians, or any person who self-identifies as an Indian and is mutually accepted by an Indian community, or branch or council of an Indian association or organization; and (c) that the Métis and Non-Status Indians suffered deprivations and discrimination because of the federal government’s refusal to recognize them as Indians pursuant to subsection 91(24). The central theme of the plaintiffs’ case was that the historical evidence established that it was the purpose and intent of subsection 91(24) to include Métis and Non-Status Indians as “Indians” and that, following Confederation until at least the 1930s, the federal government often treated Métis groups as if they were “Indians” subject to federal jurisdiction in its legislation, regulations, practices and policies.

Le stéréotypage racial n’est pas un fondement valable d’une interprétation constitutionnelle — Une mise en garde judiciaire dans le Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi a été formulée contre le fait de se fonder de manière indue sur les débats ou sur la correspondance pour conclure à la portée de la compétence — En l’espèce, la Cour s’est davantage fondée sur les mesures prises par le gouvernement fédéral à l’égard des « Indiens » pour dégager l’objectif et la portée de l’art. 91(24) — Les objectifs prévus à l’art. 91(24) sont bien plus larges que le pouvoir de protéger les Indiens et leurs terres — Le terme « Indiens », tel qu’employé à l’art. 91(24), a une portée plus large qu’au sens de la Loi sur les Indiens — L’art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 n’est guère utile pour interpréter l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — L’affirmation de l’appartenance à l’un des groupes autochtones prévus à l’article 35 ne fait pas obstacle à l’inclusion dans la portée de l’art. 91(24) — La maxime « expressio unius est exclusio alterius » n’est pas entièrement applicable à l’art. 91(24).

Il s’agissait d’une action visant à faire déclarer que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens », au sens de l’expression « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » sous le chef de compétence du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; que la Reine du chef du Canada a une obligation de fiduciaire envers les Autochtones; et que ceux-ci ont le droit d’être présents aux négociations et d’être consultés par le gouvernement fédéral.

Les fondements sur lesquels reposent les revendications des demandeurs sont que : a) les Métis de la Terre de Rupert et des Territoires-du-Nord-Ouest faisaient partie des peuples désignés par le nom « aborigènes », et la compétence à l’égard de ces derniers avait été transférée au gouvernement fédéral; par la suite, les Métis étaient généralement considérés comme des « Indiens » et étaient, autant dans les faits que dans la législation, considérés comme étant des Indiens; b) les Indiens non inscrits sont des Indiens auxquels la *Loi sur les Indiens* ne s’appliquait pas par moments, mais qui avaient des ancêtres maternels ou paternels qui étaient Indiens, ou toute personne qui s’identifie comme Indien et qui est acceptée par une collectivité indienne, ou par une division ou un conseil d’une association ou d’une organisation indienne, et que cette acceptation est réciproque; et c) les Métis et les Indiens non inscrits ont fait l’objet de privations et de discrimination en raison du refus du gouvernement fédéral de les reconnaître comme Indiens, au sens du paragraphe 91(24). L’élément central de la cause des demandeurs est que la preuve historique établit que l’objectif et l’intention du paragraphe 91(24) était que les Métis et les Indiens non inscrits soient des

The defendants resisted the plaintiffs' claims on the grounds that there are insufficient facts for the relief sought by the plaintiffs; that Métis were never considered "Indians" either in fact, law or practice; and that there is no group legally known as "Non-Status Indians". The defendants also denied the allegations of deprivation and discrimination, and held that the rights to consultation and negotiation are either not available to Métis and Non-Status Indians, or have been met. It was the defendants' position that historical evidence and cases from the Supreme Court of Canada establish that the word "Indian" in subsection 91(24) was not meant to include the distinct peoples and communities known as the Métis and that, with respect to Non-Status Indians, legislation enacted under subsection 91(24) must draw a line between those who are considered Indians and those who are not.

The principal issue was whether the federal government has jurisdiction to make laws in respect of Métis and Non-Status Indians under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* because they are "Indians".

Held, the action should be allowed in part.

The plaintiffs' request for a declaration that Métis and Non-Status Indians are "Indians" within the meaning of the *Constitution Act, 1867*, subsection 91(24) was granted.

The decision focused on key events and circumstances relevant to the issue of whether Métis and Non-Status Indians are Indians under subsection 91(24). The pre-Confederation evidence was directed at what the term "Indian" meant at the time when it was inserted into the section 91 powers. Canada's treaty experience with Natives during that period suggests that there was a need to, *inter alia*, establish and maintain peaceful relations with all Natives, pay one-time cash amounts for the surrender of Native interests in land, and recognize, pacify, control and deal with interest in the land of Métis who were seen as distinct in some respects from "Indians". The subsection 91(24) power thus needed to be

« Indiens » et que, dans les années suivant la Confédération et au moins jusqu'aux années 1930, le gouvernement fédéral a souvent traité de nombreux groupes métis comme s'ils étaient des « Indiens » visés par la compétence fédérale, dans la législation, la réglementation, les pratiques et les politiques du gouvernement fédéral.

Les défendeurs se sont opposés aux revendications des demandeurs aux motifs qu'il n'y avait pas suffisamment de faits et de fondements pour que soit délivré un jugement déclaratoire; que les Métis n'ont jamais été considérés comme des « Indiens », autant d'un point de vue factuel que d'un point de vue juridique; et que le groupe des « Indiens non inscrits » n'existe pas en droit. Par ailleurs, les défendeurs ont rejeté les allégations de privations et de discrimination, et ont conclu que les Métis et les Indiens non inscrits ne peuvent se prévaloir du droit d'être consultés ou du droit de négocier, ou que les obligations à cet égard ont été respectées. Selon la thèse adoptée par les défendeurs, la preuve historique et les arrêts de la Cour suprême du Canada établissent que le terme « Indiens » au paragraphe 91(24) n'avait pas pour objet d'inclure les collectivités et les peuples distincts connus comme étant des Métis et que, en ce qui concerne la question des Indiens non inscrits, la législation adoptée en vertu du paragraphe 91(24) doit tracer une ligne de démarcation entre les gens considérés comme « Indiens » et ceux qui ne le sont pas.

La principale question en litige était de savoir si le gouvernement fédéral a compétence pour faire des lois à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, du fait que ces derniers sont des « Indiens ».

Jugement : l'action doit être accueillie en partie.

La demande présentée par les demandeurs, par laquelle ils visent l'obtention d'un jugement déclarant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a été accueillie.

La décision s'est concentrée sur les circonstances et les événements clés qui sont pertinents quant à la question de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24). La preuve relative à la période précédant la Confédération portait sur la signification du terme « Indiens » à cette époque, lorsqu'il fut inséré dans le libellé des pouvoirs, à l'article 91. L'expérience des traités acquis par le Canada auprès des Autochtones pendant cette période donne à penser que celui-ci devait, notamment, établir et maintenir des relations pacifiques avec tous les Autochtones, verser des sommes forfaitaires en contrepartie de la cession de droits que les Autochtones détenaient sur les

sufficiently broad for the federal government to be able to address a wide range of situations, in a wide range of ways covering a diverse composition of Native people. The early post-Confederation statutes also give some indication of the intent of the subsection 91(24) power and its scope. The early post-1867 evidence shows that the Métis were considered as a subset of a wider group of Aboriginal-based people called “Indians”, and that Canada was prepared to exercise jurisdiction over them, to use Indian power-like methods and to justify the exercise of subsection 91(24). Examples of the federal government’s exercise of jurisdiction over Métis include the Treaty No. 3 (1873) Adhesion, which gave Métis a reserve as part of their surrender of the claim to Indian title, and the federal government’s liquor policy. Numerous other cases occurred where Métis were treated as Indians or dealt with under the Indian power. The compounding of these cases leads to the conclusion that these were not anomalies but a reflection of the main line of thought and general view. There was, for administrative purposes, a very unclear or indistinct line between Indians and Métis. Métis were both included and excluded from recognized Indian status in accordance with changing government policies. The federal government adopted these flexible policies because it could and it was assumed, implied and accepted that the federal government could do so because Métis were “Indians” under subsection 91(24).

On the evidence herein, both Métis and Non-Status Indians are connected to the racial classification “Indian” by way of marriage, filiation and intermarriage. The single most distinguishing feature of either Métis or Non-Status Indians is that of “Indianness”, not language, religion or connection to European heritage. The purposive approach, or “living tree” doctrine, was the applicable constitutional interpretation principle. History helps to understand perspectives on the purpose but does not necessarily determine the purpose for all time, particularly in the case of a constitutional power that has racial tones and involved people who were seen in a light that would be offensive today. Racial stereotyping is not a proper basis for constitutional interpretation. In *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, the Supreme Court of Canada cautioned against undue reliance on debates

terres, et reconnaître, pacifier et contrôler les Métis, qui étaient perçus comme étant distincts des « Indiens » à certains égards, ainsi que régler les questions relatives aux droits que ces derniers détenaient sur les terres. Le pouvoir prévu au paragraphe 91(24) devait donc être suffisamment large, de manière à permettre au gouvernement fédéral de répondre à un large éventail de situations concernant une population autochtone de composition diversifiée, et ce, par un tout aussi large éventail de moyens. Les lois adoptées dans les premières années de la Confédération donnent certaines indications au sujet de l’objet du pouvoir et de la portée du paragraphe 91(24). La preuve provenant de l’époque suivant 1867 est que les Métis étaient considérés comme étant un sous-ensemble d’un plus grand groupe d’Autochtones nommé « Indiens », et que le Canada était disposé à exercer sa compétence à l’égard des Métis, à utiliser des méthodes similaires à celles qu’il employait dans le contexte de sa compétence à l’égard des Indiens et à invoquer le paragraphe 91(24) pour justifier l’exercice de cette compétence. Les exemples de l’exercice de la compétence du gouvernement fédéral à l’égard des Métis incluent l’Adhésion au Traité n° 3 (1873), où le gouvernement leur avait donné une réserve en contrepartie de la cession de leur revendication au titre indien, et la politique en matière d’alcool du gouvernement. Il s’est produit de nombreux autres cas où les Métis ont été traités comme des Indiens ou ont été visés par des mesures prises dans le cadre de la compétence à l’égard des Indiens. L’accumulation de ces cas mène à la conclusion qu’il ne s’agissait pas d’anomalies, mais qu’ils reflétaient plutôt le courant de pensée principal et l’opinion générale. Il existait, sur le plan administratif, une démarcation très floue et vague entre les Indiens et les Métis. Les Métis s’étaient à la fois vu conférer et retirer la reconnaissance du statut d’Indien, suivant les modifications aux politiques gouvernementales. Le gouvernement fédéral avait adopté ces politiques souples parce qu’il le pouvait et qu’il était présumé, implicite et reconnu que le gouvernement fédéral avait la compétence de le faire, car les Métis étaient des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

Selon la preuve en l’espèce, les Métis et les Indiens non inscrits sont apparentés à la catégorie raciale des « Indiens » par la voie du mariage, de la filiation et du mariage entre Indiens et non-Indiens. La principale caractéristique distinctive des Métis et des Indiens non inscrits est leur « quiddité indienne », et non leur langue, leur religion ou leur lien avec leur patrimoine européen. L’approche téléologique, ou la doctrine de « l’arbre vivant », était le principe d’interprétation constitutionnelle applicable. L’histoire est utile pour comprendre les perspectives quant à l’objectif, mais cet objectif n’est pas nécessairement fixe pour toujours, particulièrement en ce qui concerne une compétence constitutionnelle qui a une connotation raciale et qui intéresse des gens perçus d’une manière qui serait, de nos jours, considérée comme choquante. Le stéréotype racial n’est pas un fondement valable

and correspondence in reaching conclusions on the precise scope of legislative competence. This judicial caveat is more applicable to analysing the constitutional competence of specific legislation than in interpreting the scope of a head of power, but it does speak to the reliability of this type of evidence as a basis for concluding on the breadth of the power. Greater reliance was placed herein on what was done by the federal government *vis-à-vis* “Indians” in the early years of Confederation as indicative of intent and scope of subsection 91(24) than on statements made in the political milieu. The argument that the purpose of subsection 91(24) was to allow the federal government the power to protect Indians and their lands because Indians were viewed as childlike uncivilized people ignores the far broader and more acceptable purposes for the subsection 91(24) power, including the acceptance of the Crown’s responsibilities to Natives, obligations under *The Royal Proclamation, 1763*, the need for a coordinated approach to Natives rather than the balkanized colonial regimes and the need to deal with the rapid and forcible expansion into the West. The Supreme Court of Canada’s *Reference whether “Indians” includes “Eskimos”* established that the term “Indian” in subsection 91(24) is much broader than the term in the *Indian Act*, and concluded that the term “Indian” included all the Aboriginal people of British North America. While the Supreme Court of Canada may not have applied the modern purposive approach to constitutional interpretation, it was aware of the significance of the Indian power and the intent to include a broad range of people of aboriginal heritage within that power. Applying the purposive approach in light of the finding in *Reference whether “Indians” includes “Eskimos”*, it was determined that the purpose of the Indian power included the intent to control all people of aboriginal heritage in the new territories of Canada. The recognition of Métis and Non-Status Indians as Indians under subsection 91(24) should accord a further level of respect and reconciliation by removing the constitutional uncertainty surrounding these groups.

Section 35 of the *Constitution Act, 1982* is of little assistance to the interpretation of subsection 91(24), each serving different purposes and reflecting different times. The consistency of having all Aboriginals covered in both provisions is neither a goal to strive for nor a result to resist. The decision in *Keewatin v. Minister of Natural Resources* does not support

d’une interprétation constitutionnelle. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, la Cour suprême du Canada avait formulé une mise en garde contre le fait de se fonder de manière indue sur les débats ou sur la correspondance pour tirer des conclusions quant à l’étendue exacte de la compétence législative. Cette mise en garde judiciaire s’applique davantage à une analyse de la compétence constitutionnelle relative à une loi en particulier qu’à une interprétation de la portée du chef de compétence même, mais elle en dit long sur la fiabilité de ce type de preuve en tant que fondement d’une conclusion quant à la portée de la compétence. La Cour s’est davantage fondée sur les mesures prises par le gouvernement fédéral à l’égard des « Indiens » dans les premières années de la Confédération que sur les déclarations tirées du milieu politique pour dégager l’objectif et la portée du paragraphe 91(24). L’argument selon lequel le paragraphe 91(24) avait pour but de conférer au gouvernement fédéral le pouvoir de protéger les Indiens et leurs terres, parce que les Indiens étaient considérés comme un peuple enfantin non civilisé, fait abstraction des objectifs bien plus larges et plus acceptables de la compétence prévue au paragraphe 91(24), y compris l’acceptation des responsabilités de la Couronne à l’égard des Autochtones qui découlaient de la *Proclamation royale (1763)*, la nécessité d’adopter une approche concertée à l’égard des Autochtones, en opposition au morcellement qui prévalait dans les régimes coloniaux, et la nécessité de composer avec l’expansion rapide et forcée vers l’Ouest. Dans le renvoi *Reference whether “Indians” includes “Eskimo” (Renvoi sur les Esquimaux)*, la Cour suprême du Canada a établi que le terme « Indiens » a une portée beaucoup plus large au paragraphe 91(24) que dans la *Loi sur les Indiens*, et a conclu que le terme « Indiens » incluait tous les aborigènes de l’Amérique du Nord britannique. Bien que la Cour suprême du Canada n’ait pas appliqué l’approche téléologique moderne d’interprétation constitutionnelle, elle était sensibilisée à l’importance de la compétence relative aux Indiens et à l’objectif d’inclure dans cette compétence un large éventail de personnes d’ascendance autochtone. En appliquant l’approche téléologique, et compte tenu de la conclusion du *Renvoi sur les Esquimaux*, la Cour a établi que l’un des objectifs de la compétence sur les Indiens était l’intention d’avoir le contrôle sur tous les gens d’ascendance autochtone dans les nouveaux territoires du Canada. La reconnaissance que les Métis et les Indiens non inscrits sont des Indiens aux termes du paragraphe 91(24) devrait entraîner un degré supplémentaire de respect et de réconciliation et faire disparaître toute incertitude constitutionnelle quant à ces groupes.

L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n’est guère utile pour interpréter le paragraphe 91(24) : ces deux dispositions servent chacune des objectifs différents et reflètent des époques différentes. Une solution uniforme, où tous les Autochtones seraient couverts par les deux dispositions, n’est ni un but qu’il faut atteindre, ni un résultat auquel il faut

the plaintiffs' argument that the principles of "identity of jurisdiction and interjurisdictional immunity" support the need to assign jurisdiction over Métis and Non-Status Indians to the federal government to protect Aboriginal and treaty rights protected under section 35, whereas the defendants' contention that treaties are entered into pursuant to royal prerogative and therefore do not relate to subsection 91(24) is misplaced. Constitutionally, there is a royal prerogative applicable to the Crown in right of Canada and to the Crown in right of a province. It is subsection 91(24) which gives authority to the federal Crown rather than the provincial Crown to exercise that treaty power. Any prerogative power in respect of treaties is subsumed in subsection 91(24). While section 35 requires that the identification with one of the three Aboriginal groups leads to the exclusion from the other two with respect to identity, culture and self-governance, assertion of identity with one section 35 group does not preclude inclusion in subsection 91(24). With regard to subsection 91(24), unlike section 35, the latin legal maxim *expressio unius est exclusio alterius* is not totally applicable.

Finally, the requests to declare that the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and Non-Status Indians, and must consult and negotiate with them were dismissed. In view of the Supreme Court of Canada's decision in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, a fiduciary relationship exists as a matter of law flowing from the declaration that Métis and Non-Status Indians are Indians pursuant to subsection 91(24). However, the declaration that the plaintiffs sought was made without specific facts about which duty had been breached. As for the duty to consult and negotiate, absent better particulars of what is at issue to consult on or negotiate, no guidance could be offered by the Court.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act of Indians*, R.S.N.S. 1859, c. 58.
An Act for the better protection of the Lands and Property of the Indians in Lower Canada, Prov. C.S. 1850 (13 & 14 Vict.), c. 42, s. V.
An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6.

s'opposer. L'arrêt *Keewatin v. Minister of Natural Resources* n'appuie pas l'argument des demandeurs, selon lequel les principes d'« identité et d'exclusivité des compétences » soutiennent la nécessité d'attribuer la compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits au gouvernement fédéral pour protéger les droits ancestraux et les droits issus de traités au titre de l'article 35, alors que la prétention des défendeurs, selon laquelle les traités sont conclus dans le cadre de l'exercice de la prérogative royale et qu'ils ne sont pas donc pas visés par le paragraphe 91(24), est injustifiée. Selon la Constitution, il existe la prérogative royale de la Couronne du chef du Canada ainsi que celle de la Couronne du chef d'une province. C'est le paragraphe 91(24) qui confère à la Couronne fédérale, plutôt qu'à la Couronne provinciale, l'autorité en matière de conclusion de traités. Toute prérogative en matière de traités est incluse au paragraphe 91(24). Alors que l'article 35 a pour conséquence que l'identification à l'un des trois groupes autochtones entraîne l'exclusion des deux autres groupes, en ce qui a trait à l'identité, à la culture et à l'autonomie gouvernementale, l'affirmation de l'appartenance à l'un des groupes prévus à l'article 35 ne fait pas obstacle à l'inclusion dans la portée du paragraphe 91(24). En ce qui concerne le paragraphe 91(24), contrairement à l'article 35, la maxime juridique latine *expressio unius est exclusio alterius* n'est pas entièrement applicable.

Enfin, les demandes visant l'obtention d'un jugement déclarant que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, et que ceux-ci ont le droit d'être présents aux négociations et d'être consultés, ont été rejetées. Dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, la Cour suprême du Canada a établi que la relation fiduciaire est une conséquence juridique du jugement déclaratoire portant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Cependant, les demandeurs n'ont pas allégué, dans leur demande de jugement déclaratoire, de fait précis pour déterminer quelle obligation aurait été l'objet d'un manquement. En l'absence de détails plus précis sur ce qui doit faire l'objet de consultations ou de négociations, la Cour n'a pu donner aucune directive.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Act of Indians*, R.S.N.S. 1859, ch. 58.
Acte à l'effet d'amender et refondre les divers actes concernant les Terres publiques fédérales, S.C. 1879, ch. 31.
Acte à l'effet d'amender « l'Acte des Sauvages, 1876 », S.C. 1879, ch. 34.
Acte concernant la civilisation et l'émancipation des Sauvages, S.C.C. 1859 (22 Vict.), ch. 9.

- An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, c. 74.
- An Act for the temporary Government of Rupert's Land and the North-Western Territory when united with Canada*, S.C. 1869, c. 3 (R.S.C., 1985, Appendix II, No. 7).
- An Act further to amend "The Indian Act"*, S.C. 1894, c. 32, s. 2.
- An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.
- An Act respecting Civilization and Enfranchisement of certain Indians*, C.S.C. 1859 (22 Vict.), c. 9.
- An Act respecting Indians and Indian Lands*, C.S.L.C. 1860, c. 14, ss. 10, 11.
- An Act to amend and consolidate the several Acts respecting the Public Lands of the Dominion*, S.C. 1879, c. 31.
- An Act to amend and continue the Act 32 and 33 Victoria, chapter 3; and to establish and provide for the Government of the Province of Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, s. 31.
- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.
- An Act to amend "The Indian Act, 1876"*, S.C. 1879, c. 34.
- An Act to encourage the gradual Civilization of Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), c. 26, preamble.
- An Act to repeal in part and to amend an Act, intituled, An Act for the better protection of the Lands and property of the Indians in Lower Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), c. 59, s. II.
- Alberta Natural Resources Act (The)*, S.C. 1930, c. 3.
- British Columbia Act, 1866 (The)* (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 67.
- British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10, s. 11.
- British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 145, 146, 147.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35 (as am. by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2), 35.1 (as enacted *idem*, s. 3), 37, 37.1 (as enacted *idem*, s. 4).
- Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada*, S.C. 1869, ch. 3 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 7].
- Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*, S.R.B.C. 1860, ch. 14, art. 10, 11.
- Acte constitutionnel de 1791*, 30 Geo. III, ch. 31 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 3].
- Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages*, S.C. 1894, ch. 32, art. 2.
- Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5], art. 145, 146, 147.
- Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, ch. 83 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 2].
- Acte des Sauvages, 1876 (l')*, S.C. 1876, ch. 18, art. 1.
- Acte d'Union, 1840*, 3 & 4 Vict., ch. 35 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 4].
- Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé: Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), ch. 59, art. II.
- Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province de Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, art. 31.
- Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), ch. 26, préambule.
- Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1850 (13 & 14 Vict.), ch. 42, art. V.
- Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiétement et dommages*, S. Prov. C. 1850, ch. 74.
- Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.
- Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42.
- British Columbia Act, 1866 (The)* (R.-U.), 29 & 30 Vict., ch. 67.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.
- Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*,

- Constitutional Act, 1791 (The)*, 30 Geo. III, c. 31 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 3].
- Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 126.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 6(1),(2).
- Indian Act*, S.C. 1951, c. 29.
- Indian Act, 1876 (The)*, S.C. 1876, c. 18, s. 1.
- Manitoba Act, 1870*, 33 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 2) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8], ss. 31, 32.
- Manitoba Natural Resources Act (The)*, S.C. 1930, c. 29.
- Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.
- Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba)* (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], Sch. (1.)), para. 13.
- Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the Union*, dated June 23, 1870, online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/constitution/lawreg-loireg/pl131.html>>.
- Quebec Act, 1774 (The)*, 14 Geo. III, c. 83 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 2].
- Prince Edward Island Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Saskatchewan Natural Resources Act (The)*, S.C. 1930, c. 41.
- Union Act, 1840 (The)*, 3 & 4 Vict., c. 35 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 4].
- L.R.C. (1985), appendice II, n° 10, art. 11.
- Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 12.
- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)* (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], annexe (1.), par. 13.
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice III.
- Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest*, datée du 23 juin 1870, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/constitution/loireg-lawreg/pl131.html>>.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35 (mod. par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2), 35.1 (édicte, *idem*, art. 3), 37.1 (édicte, *idem*, art. 4).
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8], art. 31, 32.
- Loi des ressources naturelles de l'Alberta*, S.C. 1930, ch. 3.
- Loi des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41.
- Loi des ressources naturelles du Manitoba*, S.C. 1930, ch. 29.
- Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27.
- Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 126.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6(1),(2).
- Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29.
- Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, ch. M-14.
- Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Manitoulin Island Treaty, 1862.
- Robinson-Huron Treaty (1850).
- Robinson-Superior Treaty (1850).
- Treaty No. 1 (1871).
- Treaty No. 2 (1871).
- Treaty No. 3 (1873).
- Treaty No. 4 (1874).
- Treaty No. 5 (1875).
- Treaty No. 6 (1876).
- Treaty No. 7 (1877).
- Treaty No. 8 (1899).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Traité de l'île Manitoulin de 1862.
- Traité Robinson-Huron (1850).
- Traité Robinson-Supérieur (1850).
- Traité n° 1 (1871).
- Traité n° 2 (1871).
- Traité n° 3 (1873).
- Traité n° 4 (1874).
- Traité n° 5 (1875).
- Traité n° 6 (1876).
- Traité n° 7 (1877).
- Traité n° 8 (1899).

Treaty No. 9 (1905–1906).
Treaty No. 10 (1906).
Treaty No. 11 (1921).

Traité n° 9 (1905–1906).
Traité n° 10 (1906).
Traité n° 11 (1921).

CASES CITED

APPLIED

Reference whether “Indians” includes “Eskimo”, [1939] S.C.R. 104, [1939] 2 D.L.R. 417; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, 68 O.R. (3d) 255, 230 D.L.R. (4th) 1; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950, 188 D.L.R. (4th) 193, [2000] 4 C.N.L.R. 145; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, 334 D.L.R. (4th) 577, [2011] 12 W.W.R. 417; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, 246 D.L.R. (4th) 193, 125 C.R.R. (2d) 122; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, 220 D.L.R. (4th) 1, [2003] 1 C.N.L.R. 341.

DISTINGUISHED:

R. v. Blais, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, 230 D.L.R. (4th) 22, [2004] 11 W.W.R. 199; *Keewatin v. Minister of Natural Resources*, 2011 ONSC 4801 (CanLII), [2012] 1 C.N.L.R. 13.

CONSIDERED:

Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), 2008 FC 823; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293 (CanLII), [2008] 4 W.W.R. 402, 223 Man. R. (2d) 42, [2008] 2 C.N.L.R. 52, affd 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, 255 Man. R. (2d) 167, [2010] C.N.L.R. 233, affd in part, 2013 SCC 14; *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, (1975), 52 D.L.R. (3d) 548, 4 N.R. 91; *Labrador Metis Nation v. Newfoundland and Labrador (Minister of Transportation and Works)*, 2006 NLTD 119 (CanLII), 258 Nfld. & P.E.I.R. 257, [2006] 4 C.N.L.R. 94; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, (1989), 96 A.R. 352, 58 D.L.R. (4th) 317, [1989] 4 W.W.R. 1; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, 258 D.L.R. (4th) 243, 45 C.C.E.L. (3d) 159; *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511, 300 D.L.R. (4th) 193, 81 Admin. L.R. (4th) 1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES

Reference whether “Indians” includes “Eskimo”, [1939] R.C.S. 104, [1939] 2 D.L.R. 417; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

R. c. Blais, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Keewatin v. Minister of Natural Resources*, 2011 ONSC 4801 (CanLII), [2012] 1 C.N.L.R. 13.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Daniels c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2008 CF 823; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293 (CanLII), [2008] 4 W.W.R. 402, 223 Man. R. (2d) 42, [2008] 2 C.N.L.R. 52, conf. par 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, 255 Man. R. (2d) 167, [2010] C.N.L.R. 233, conf. en partie par 2013 CSC 14; *Procureur général du Canada et al. c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Labrador Metis Nation v. Newfoundland and Labrador (Minister of Transportation and Works)*, 2006 NLTD 119 (CanLII), 258 Nfld. & P.E.I.R. 257, [2006] 4 C.N.L.R. 94; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511.

REFERRED TO:

Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture), 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, 210 D.L.R. (4th) 577, [2002] 6 W.W.R. 1; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1, 30 C.C.C. (3d) 385; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297, [1991] 6 W.W.R. 1; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2011 FC 230, 387 F.T.R. 102; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, 519 A.R. 63, 339 D.L.R. (4th) 577; *Montana Band v. Canada*, 2006 FC 261, [2006] 3 C.N.L.R. 70, 287 F.T.R. 159; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, (1973), 38 D.L.R. (3d) 481, 7 C.N.L.C. 236; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291, 11 D.L.R. (4th) 641, [1984] 6 W.W.R. 577; *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.*, [1980] 1 S.C.R. 433, (1980), 107 D.L.R. (3d) 1, [1980] 3 W.W.R. 214; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385, [1990] 4 W.W.R. 410; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, 245 D.L.R. (4th) 33, [2005] 3 W.W.R. 419.

AUTHORS CITED

Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency, August 7, 1944, online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.pdf>>.

Department of Regional Economic Expansion. *Special ARDA in Relation to the Future Direction of Native Socioeconomic Development*. Ottawa: Department of Regional Economic Expansion, 1977.

Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada, 5th Parl., 3rd Sess., 48-49 Vict. (July 6, 1885), p. 3113.

Flanagan, Thomas. "The Case Against Métis Aboriginal Rights" (1983), 9 *Can. Pub. Pol'y* 314.

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*. 5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

Lambton, John George, Earl of Durham *et al. Report on The Affairs of British North America*. Toronto: Robert Stanton, 1839.

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories Including the Negotiations on Which They Were Based, and Other Information Relating Thereto*. Toronto: Belfords, Clarke & Co., Publishers, 1880.

DÉCISIONS CITÉES :

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2011 CF 230; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Bande de Montana c. Canada*, 2006 CF 261; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canadian Pioneer Management Ltd. et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

DOCTRINE CITÉE

Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency, 7 août 1944, en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.pdf>>.

Ministère de l'Expansion économique régionale. *L'entente spéciale ARDA et l'orientation future du développement socio-économique des autochtones*. Ottawa: Ministère de l'Expansion économique régionale, 1977.

Débats de la Chambre des Communes du Canada, 5^e lég., 3^e sess., 48-49 Vict. (6 juillet 1885), p. 3209.

Flanagan, Thomas. « The Case Against Métis Aboriginal Rights » (1983), 9 *Anal. de pol.* 314.

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*. 5^e éd. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.

Lambton, John George, Earl of Durham *et al. Report on The Affairs of British North America*. Toronto : Robert Stanton, 1839.

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories Including the Negotiations on Which They Were Based, and Other Information Relating Thereto*. Toronto : Belfords, Clarke & Co., Publishers, 1880.

ACTION seeking a declaration that Métis and Non-Status Indians are “Indians” within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, that they are owed a fiduciary duty by Canada and that they have the right to be consulted and negotiated with by the federal government. Action allowed in part.

ACTION en jugement déclaratoire portant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que le Canada a une obligation de fiduciaire envers eux et qu’ils ont le droit d’être présents aux négociations et d’être consultés par le gouvernement fédéral. Action accueillie en partie.

APPEARANCES

Andrew K. Lokan, Joseph E. Magnet and Lindsay Scott for plaintiffs.

Brian McLaughlin, Donna Tomljanovic, Kim McCarthy, Amy Martin-Leblanc and E. James Kindrake for defendants.

ONT COMPARU

Andrew K. Lokan, Joseph E. Magnet et Lindsay Scott pour les demandeurs.

Brian McLaughlin, Donna Tomljanovic, Kim McCarthy, Amy Martin-Leblanc et E. James Kindrake pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto and *Joseph E. Magnet*, Ottawa, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, et *Joseph E. Magnet*, Ottawa, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Table of ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Introduction	1	I. Aperçu	1
II. Court summary	19	II. Résumé de la Cour	19
III. Parties	29	III. Les parties	29
A. Gabriel Daniels	30	A. Gabriel Daniels	30
B. Leah Gardner	34	B. Leah Gardner	34
C. Terry Joudrey	37	C. Terry Joudrey	37
D. The Minister of Indian Affairs and Northern Development	38	D. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien	38
E. The Attorney General of Canada ...	39	E. Le procureur général du Canada ...	39
F. Congress of Aboriginal Peoples ...	40	F. Le Congrès des peuples autochtones	40
IV. Discretion to decide	48	IV. Le pouvoir discrétionnaire de statuer sur l’affaire	48
V. Nature of the problem	84	V. La nature du problème	84
VI. Problem of definition	111	VI. Le problème de définition	111
A. Non-Status Indians	116	A. Les Indiens non inscrits	116
B. Métis	124	B. Les Métis	124

VII. Witnesses	131	VII. Les témoins	131
A. Ian Cowie (plaintiffs' witness)	132	A. Ian Cowie (témoin des demandeurs)	132
B. John Leslie (plaintiffs' witness)	137	B. John Leslie (témoin des demandeurs)	137
VIII. Historical expert witnesses	147	VIII. Les témoins experts en histoire	147
A. William Wicken (plaintiffs' witness)	147	A. William Wicken (témoin des demandeurs)	147
B. Stephen Patterson (defendants' witness)	152	B. Stephen Patterson (témoin des défendeurs)	152
C. Gwynneth Jones (plaintiffs' witness)	161	C. Gwynneth Jones (témoin des demandeurs)	161
D. Sébastien Grammond (plaintiffs' witness)	170	D. Sébastien Grammond (témoin des demandeurs)	170
E. Alexander von Gernet (defendants' witness)	175	E. Alexander von Gernet (témoin des défendeurs)	175
IX. Historical evidence	183	IX. La preuve historique	183
A. Pre-Confederation era	183	A. L'époque précédant la Confédération	183
(1) Atlantic Canada	184	1) Le Canada atlantique	184
(a) Nova Scotia	211	a) La Nouvelle-Écosse	211
(b) New Brunswick	225	b) Le Nouveau-Brunswick	225
(c) Prince Edward Island	227	c) L'Île-du-Prince-Édouard	227
(d) Newfoundland and Labrador	229	d) Terre-Neuve-et-Labrador	229
(2) Quebec/Ontario (Upper/Lower Canada)	233	2) Le Québec et l'Ontario (Bas-Canada et Haut-Canada)	233
(a) Kahnawake	256	a) Kahnawake	256
(b) Six Nations of the Grand River	259	b) Les Six Nations de la rivière Grand	259
(c) Impact of these issues	261	c) Les répercussions de ces problèmes	261
(3) Pre-Confederation statutes	268	3) Les lois antérieures à la Confédération	268
(4) Pre-Confederation reports re "Indians"	288	4) Les rapports sur les Indiens datant de la période précédant la Confédération	288
(5) Pre-Confederation treaties	302	5) Les traités conclus avant la Confédération	302
(6) Synopsis: Indian power pre-Confederation	319	6) Sommaire : la compétence à l'égard des Indiens lors de l'époque précédant la Confédération	319
B. Confederation	324	B. La Confédération	324
(1) Genesis	324	1) La genèse	324

	(2) Objects and purposes of Confederation	339	2) Les objectifs de la Confédération	339
C.	Post-Confederation	355	C. L'époque suivant la Confédération ..	355
	(1) Rupert's Land	355	1) La Terre de Rupert	355
	(2) Post-Confederation statutes—1867–1870	360	2) Les lois adoptées après la Confédération (1867–1870)	360
	(3) Aboriginal population of the Northwest	369	3) La population autochtone du Nord-Ouest	369
	(4) The <i>Manitoba Act, 1870</i> /The scrip system	385	4) La <i>Loi de 1870 sur le Manitoba</i> /le régime des certificats	385
D.	Other examples—Half-breeds and subsection 91(24)	423	D. Les métis et le paragraphe 91(24) — Autres exemples	423
	(1) Adhesion to Treaty No. 3	424	1) L'adhésion au Traité n° 3	424
	(2) The reserve and industrial school at St.-Paul-des-Métis	437	2) La réserve et l'école industrielle de Saint-Paul-des-Métis	437
	(3) Liquor policy	445	3) La politique en matière d'alcool ..	445
	(4) "Half-breeds" whose ancestors took scrip	453	4) Les « métis » dont les ancêtres avaient accepté un certificat	453
	(5) Other examples of jurisdiction over Non-Status Indians	459	5) D'autres exemples d'exercice de la compétence à l'égard des Indiens non inscrits	459
E.	Modern era	469	E. L'époque moderne	469
	(1) Pre-patriation	469	1) Avant le rapatriement de la Constitution	469
	(2) Post-patriation	485	2) Après le rapatriement de la Constitution	485
F.	Treaties and half-breeds	513	F. Les traités et les métis	513
X.	Legal Analysis and Conclusions	526	X. Analyse juridique et conclusions	526
	A. Subsection 91(24)—Métis and non-status Indians	526	A. Le paragraphe 91(24) — les Métis et les Indiens non inscrits	526
	(1) Introduction	526	1) Introduction	526
	(2) Interpretation principles	534	2) Les principes d'interprétation ..	534
	(3) Judicial guidance	545	3) Les directives judiciaires	545
	B. Fiduciary duty	602	B. L'obligation de fiduciaire	602
	C. Duty to negotiate	610	C. L'obligation de négocier	610
XI.	Costs	618	XI. Les dépens	618
XII.	Conclusion	619	XII. Conclusion	619

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

PHELAN J.:

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

LE JUGE PHELAN :

I. INTRODUCTION

[1] The critical question posed in this litigation is straightforward—Are Non-Status Indians and Métis (MNSI), identified as “Indians” under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (the Constitution [or BNA Act])? Subsection 91(24) reads:

Legislative
Authority of
Parliament
of Canada

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next here-in-after enumerated; that is to say,

...

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

[2] The canvas over which the parties have painted the answer encompasses Canadian history virtually from the time of Champlain in Passamaquoddy Bay in 1603 to the present day. The reach of time and space makes this case a difficult one, not amenable to the same organization and analysis as has been the case with specific disputes over specific agreements or treaties affecting Natives. However, for ease of organization, these reasons generally follow a chronological framework.

[3] The plaintiffs ask this Court to issue the following declarations:

I. INTRODUCTION

[1] La question cruciale posée dans la présente instance est simple : les Indiens non inscrits et les Métis (les MINI) sont-ils des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (la *Loi constitutionnelle de 1867* [ou l’AANB])? Cette disposition est libellée ainsi :

Autorité
législative du
parlement du
Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l’avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

[2] La toile de fond ayant servi aux parties pour répondre à cette question englobe l’ensemble de l’histoire canadienne, pratiquement depuis l’arrivée de Samuel de Champlain dans la baie de Passamaquoddy, en 1603 jusqu’à l’époque actuelle. La portée temporelle et spatiale de la présente affaire la rend difficile, et fait en sorte qu’elle ne se prête pas à une organisation et une analyse identiques à celles employées dans les différends relatifs à des ententes ou à des traités spécifiques concernant les Autochtones. Cependant, par souci d’organisation, les présents motifs suivent, en règle générale, un cadre chronologique.

[3] Les demandeurs invitent la Cour à prononcer les jugements déclaratoires suivants :

(a) that Métis and Non-Status Indians are “Indians” within the meaning of the expression “Indians, and Lands reserved for the Indians” in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*;

(b) that the Queen (in right of Canada) owes a fiduciary duty to Métis and Non-Status Indians as Aboriginal people;

(c) that the Métis and Non-Status Indian peoples of Canada have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[4] In brief and non-exhaustive summary, the plaintiffs ground their claim on the following basis:

(a) the Métis people in Rupert’s Land and Northwest Territories were part of the peoples called “aborigènes” and jurisdiction over them was transferred to the federal government. Thereafter, Métis were generally considered part of, although often distinct from, “Indians” and were treated as Indians in legislation and practice.

(b) Non-Status Indians are Indians to whom, from time to time, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 did not apply but had either maternal or paternal ancestors who were Indians, or any person who self-identifies as an Indian and is mutually accepted by an Indian community, or branch or council of an Indian association or organization.

(c) that because of the federal government’s refusal to recognize Métis and Non-Status Indians as Indians pursuant to subsection 91(24), they have suffered deprivations and discrimination in the nature of: lack of access to health care, education and other benefits available to Status Indians; lack of access to material and cultural benefits; being subjected to criminal prosecutions for exercising Aboriginal rights to hunt, trap, fish

a) que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’expression « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*;

b) que la Reine (du chef du Canada) a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, puisque ceux-ci sont des Autochtones;

c) que les Métis et les Indiens non inscrits du Canada ont le droit d’être présents aux négociations et d’être consultés de bonne foi par le gouvernement fédéral sur une base collective, et avec la représentation de leur choix, en ce qui concerne leurs droits, leurs intérêts et leurs besoins en tant qu’Autochtones.

[4] Voici un résumé sommaire et non exhaustif des fondements sur lesquels repose la revendication des demandeurs :

a) les Métis de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest faisaient partie des peuples désignés par le nom « aborigènes », et la compétence à l’égard de ces derniers avait été transférée au gouvernement fédéral. Par la suite, les Métis étaient généralement considérés comme des « Indiens », même s’ils étaient souvent distingués de ceux-ci, et étaient, autant dans les faits que dans la législation, considérés comme étant des Indiens;

b) les Indiens non inscrits sont des Indiens auxquels la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, ne s’appliquait pas par moments, mais qui avaient des ancêtres maternels ou paternels qui étaient Indiens; ou toute personne qui s’identifie comme Indien et qui est acceptée par une collectivité indienne, ou par une division ou un conseil d’une association ou d’une organisation indienne, et que cette acceptation est réciproque;

c) en raison du refus du gouvernement fédéral de reconnaître que les Métis et les Indiens non inscrits sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24), ceux-ci font l’objet de privation et de discrimination, qui prennent les formes suivantes : ils n’ont pas accès aux avantages en matière de soins de santé, d’éducation ainsi qu’aux autres avantages dont jouissent les Indiens inscrits; ils n’ont pas accès aux avantages matériels et

and gather on public lands; and being deprived of federal government negotiations on matters of Aboriginal rights and agreements.

[5] The defendants resist the plaintiffs' claims on several grounds. The principal grounds are that no declaration can or should issue because there are insufficient facts and grounds for such relief; that Métis are not and were not, either in fact or law or practice, considered "Indians"; that there is no such group legally known as "Non-Status Indians"; that the allegations of deprivation and discrimination are denied and that the forms of relief required of rights to consultation and negotiations are either not available to Métis and Non-Status Indians or in any event, all legal obligations have been met.

[6] This matter came before this Court by way of an action for a declaration by the three individuals (Harry Daniels having died before the case was heard) and the organization named as plaintiffs. The manner of bringing this case has been an issue between the parties even though the litigation was financed by the very government that opposes even the manner of proceeding.

[7] It is a definitional minefield to use terms such as "Indian" or "Aboriginal" when the purpose of the litigation is to provide some definition of those words which appear in different places and different contexts in the Constitution. The term "Native" or "Native people" is an effort to find a more neutral term for those First Nations peoples and their descendants. In a somewhat similar fashion the Court has used the term "Euro-Canadian" to identify the non-Native group of predominantly Caucasian persons, fully recognizing that even this effort to avoid the colloquial term "White" is not entirely accurate.

culturels; ils font l'objet de poursuites criminelles pour avoir exercé leurs droits ancestraux de chasser, de piéger, de pêcher et de se rassembler sur les terres publiques; ils sont privés du droit de négocier avec le gouvernement fédéral en ce qui concerne les questions relatives aux droits ancestraux ou à la conclusion d'ententes.

[5] Les défendeurs s'opposent aux revendications des demandeurs pour plusieurs motifs. Les principaux motifs qu'ils invoquent sont qu'aucun jugement déclaratoire ne peut ou ne devrait être délivré, parce qu'il n'y a pas suffisamment de faits et de fondements pour ce faire; que les Métis ne sont pas et n'ont jamais été considérés comme des « Indiens », et ce, autant d'un point de vue factuel que d'un point de vue juridique; que le groupe des « Indiens non inscrits » n'existe pas en droit; parce que les allégations de privation et de discrimination ont été rejetées, et que les Métis et les Indiens non inscrits ne peuvent se prévaloir des formes de redressement qu'ils sollicitent en ce qui concerne le droit d'être consultés et le droit de négocier, ou que, dans tous les cas, la Couronne s'est acquittée de l'ensemble de ses obligations juridiques.

[6] La présente affaire a été soumise à la Cour par voie d'une action en jugement déclaratoire présentée par les trois personnes (M. Harry Daniels est décédé avant que l'affaire ne soit entendue) ainsi que par l'organisation qui ont été désignées comme demandeurs. La manière par laquelle la présente affaire avait été introduite a fait l'objet de débats entre les parties, et ce, malgré le fait que le litige ait été financé par le même gouvernement qui s'oppose aussi à la manière de procéder.

[7] L'emploi de termes comme « Indien » ou « Autochtone », dans un cas où le litige vise à fournir une certaine définition de ces termes, qui sont utilisés dans diverses dispositions et divers contextes de la Constitution, mène à un terrain miné. L'emploi des termes « Autochtone » ou « peuple autochtone » constitue un effort pour parvenir à trouver un terme plus neutre pour désigner les membres des Premières Nations et leurs descendants. Dans la même veine, la Cour a employé le terme « Canadien d'origine européenne » pour désigner le groupe à prédominance caucasienne de personnes non autochtones, tout en reconnaissant

[8] The parties have outlined a somewhat consistent history of early relations between firstly the French government and the Native people and then between the British government and the Native people particularly in Eastern Canada. The parties' respective perspectives start to drift apart with the lead up to Confederation and thereafter. While most of the actual events are not in dispute, their meaning and significance to the key issue in this case is strongly debated.

[9] The plaintiffs' case commenced with a review of the pre- and post-repatriation of the Constitution as it related to the Native people. The evidence seemed designed to show the nature of the problem of this unresolved issue, its impact on the people most directly affected, the MNSI, and to some extent the alleged duplicitous dealings by Canada because of the recognition within government that Canada did indeed have jurisdiction over MNSI.

[10] The plaintiffs' case was made more difficult by the defendants' refusal to admit numerous documents which came from its own archives and departments, introduced to show the manner in which these two groups were viewed by government and how these two groups were treated.

[11] It was a central theme of the plaintiffs' case that the historical evidence established that it was the purpose and intent of subsection 91(24) that Non-Status Indians (being by description Indians) and Métis were "Indians" and that following Confederation until at least the 1930s the federal government often treated many Métis groups as if they were "Indians" subject to federal jurisdiction. This, the plaintiffs contend, was done in legislation, regulation and in the practices and policies of the federal government.

pleinement que même cette expression, qui a pour but d'éviter le terme familier « Blanc », n'est pas tout à fait exacte.

[8] Les parties ont dressé un portrait historique relativement cohérent des premières relations entre, d'abord, le Régime français et les peuples autochtones, puis, entre ces derniers et le Régime britannique, surtout dans l'Est du Canada. Les points de vue respectifs des parties commencent toutefois à s'éloigner en ce qui concerne les années précédant la Confédération, ainsi que par la suite. Bien que la plus grande partie de ce qui s'est vraiment passé ne soit pas contesté, les avis diffèrent fortement quant au sens et à l'importance de ces faits à l'égard de la question clé dans la présente affaire.

[9] Les demandeurs ont commencé leur thèse par un examen des faits antérieurs et postérieurs au rapatriement de la Constitution qui concernaient les peuples autochtones. La preuve semblait être conçue pour exposer la nature du problème de cette question non résolue, les répercussions de ce problème sur les personnes qui ont été les plus directement touchées, soit les MINI et, dans une certaine mesure, les actions prétendument empreintes de fourberie du Canada, du fait de la reconnaissance au sein du gouvernement que le Canada avait effectivement compétence sur les MINI.

[10] La cause des demandeurs a été rendue plus difficile par le refus des défendeurs d'admettre en preuve de nombreux documents provenant de leurs propres archives et ministères, qui avaient été introduits en preuve pour indiquer la manière avec laquelle le gouvernement percevait ces deux groupes et comment ceux-ci étaient traités.

[11] Un élément central de la cause des demandeurs est que la preuve historique établit que l'objectif et l'intention du paragraphe 91(24) étaient que les Indiens non inscrits (qui sont, par description, des Indiens) et les Métis soient des « Indiens », et que, dans les années suivant la Confédération et au moins jusqu'aux années 1930, le gouvernement fédéral avait souvent traité de nombreux groupes Métis comme s'ils étaient des Indiens visés par la compétence fédérale. Les demandeurs prétendent que cela s'est fait au moyen de la législation, de

[12] The defendants adopted a more traditional approach to the organization of the case in a chronological format. It was their position that:

(a) historical evidence and cases from the Supreme Court of Canada establish that the word “Indian” in subsection 91(24) was not meant to include the distinct peoples and communities known as the Métis;

(b) with respect to the question of Non-Status Indians, the defendants say that legislation enacted under subsection 91(24) must draw a line between those who are considered Indians and those who are not. The plaintiffs claim that trying to determine the natural limits of Parliament’s jurisdiction (absent actual or proposed legislation) is an impossible task.

[13] In these reasons, the Court has dealt with the defendants’ position that this is too difficult a case to decide, that the definitional difficulties of definition of who falls within the term “Indian” in subsection 91(24) should preclude a remedy. It is the Court’s view that there is a live, justiciable issue for which the difficulties, real or otherwise, cannot be a reason to deny people a remedy where appropriate. In general terms persons have a right to know who has jurisdiction over them and the adage “where there is a right, there is a remedy” is applicable.

[14] It is a central theme of the defendants’ argument that this Court ought not to decide this matter because, in summary, it is a theoretical matter which will resolve nothing. The defendants also urge the Court not to exercise its discretion to grant one or more of the declarations requested.

la réglementation, des pratiques et des politiques du gouvernement fédéral.

[12] Les défendeurs ont adopté une organisation plus traditionnelle de leur preuve, soit sous forme chronologique. Leur thèse était la suivante :

a) la preuve historique et les arrêts de la Cour suprême du Canada établissent que le terme « Indiens » au paragraphe 91(24) n’avait pas pour objet d’inclure les collectivités et les peuples distincts connus comme étant les Métis;

b) en ce qui concerne la question des Indiens non inscrits, les défendeurs affirment que la législation adoptée en vertu du paragraphe 91(24) doit tracer une ligne de démarcation entre les gens considérés comme « Indiens » et ceux qui ne le sont pas. Les demandeurs prétendent qu’essayer de déterminer les limites intrinsèques de la compétence du Parlement (en l’absence de lois existantes ou de projets de loi) constitue une tâche impossible.

[13] Dans les présents motifs, la Cour a abordé la thèse des défendeurs suivant laquelle il s’agit d’une affaire trop difficile à trancher et que la difficulté de définir qui est inclus dans la portée du terme « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) devrait écarter toute possibilité d’accorder une réparation. La Cour est d’avis qu’il existe une question en litige relevant de la compétence des tribunaux, question à l’égard de laquelle les difficultés, qu’elles soient réelles ou autres, ne peuvent être un motif pour priver des personnes d’un redressement lorsque celui-ci est approprié. De manière générale, les personnes ont le droit de savoir quel palier de gouvernement a compétence à leur égard, et l’adage « là où il y a un droit, il y a un recours » s’applique.

[14] Le fait que la Cour ne devrait pas trancher la présente affaire, parce que, en bref, il s’agit d’une affaire théorique qui ne réglerait rien, constitue un thème central de la thèse des défendeurs. Ces derniers exhortent aussi la Cour à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un ou plusieurs des jugements déclaratoires sollicités.

[15] The defendants' position is that none of the declarations will do anything but lead to further litigation. It is their thesis that what is at issue between the parties is alleged discrimination as between the treatment of MNSI and Status Indians, a matter which should be resolved by Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] or human rights proceedings.

[16] A more complete review of the preliminary issues is canvassed in paragraphs 48–83 [of these reasons].

[17] The plaintiffs put great reliance on the “living tree” doctrine for a purposive approach to be progressively applied to the interpretation of subsection 91(24). They reject the historical approach said to be prevalent in such cases as in *Reference whether “Indians” includes “Eskimo”*, [1939] S.C.R. 104 (*In Re Eskimo Reference*).

[18] The interpretative principles which the Court must apply to these historical facts is made more nuanced than the plaintiffs concede by the Supreme Court of Canada's comments in *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236 (*Blais*), at paragraph 40, which suggests a limit on the “living tree”, a need to stay anchored in historical context and to avoid “after-the-fact largesse”:

This Court has consistently endorsed the living tree principle as a fundamental tenet of constitutional interpretation. Constitutional provisions are intended to provide “a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, per Dickson J. (as he then was), at p. 155. But at the same time, this Court is not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision at issue. The analysis must be anchored in the historical context of the provision. As emphasized above, we must heed Dickson J.'s admonition “not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum,

[15] Les défendeurs sont d'avis qu'aucun des jugements déclaratoires sollicités n'accomplira quoi que ce soit, sauf conduire à d'autres litiges. Ils soutiennent que l'objet du présent litige entre les parties est la discrimination alléguée à l'endroit des MINI par rapport aux Indiens inscrits, une question qui devrait plutôt être tranchée au moyen d'une instance fondée sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ou en matière de droits de la personne.

[16] Les questions préliminaires sont examinées à fond aux paragraphes 48 à 83 [des présents motifs].

[17] Les demandeurs ont accordé une grande importance à la doctrine de « l'arbre vivant », qui prévoit l'application progressive d'une approche téléologique en ce qui a trait à l'interprétation du paragraphe 91(24). Ils rejettent l'approche historique qui est censée prévaloir, selon des arrêts comme *Reference whether “Indians” includes “Eskimo”*, [1939] R.C.S. 104 (*Renvoi sur les Esquimaux*).

[18] Les principes d'interprétation que la Cour doit appliquer aux faits historiques en l'espèce sont plus nuancés que ne le concèdent les demandeurs, d'après les commentaires formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236 (*Blais*), au paragraphe 40, suivant lesquels il existe une limite à la doctrine de « l'arbre vivant » et un besoin de rester à l'intérieur du contexte historique, et selon lesquels il faut éviter la « largesse a posteriori » :

Notre Cour a toujours souscrit au principe de l'arbre vivant, un précepte fondamental d'interprétation constitutionnelle. Les dispositions constitutionnelles visent à fournir « un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), p. 155. Toutefois, notre Cour n'a pas pour autant carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige. L'analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition. Comme nous l'avons précisé plus tôt, il ne faut jamais oublier la mise en garde faite par le juge Dickson : « il importe de ne pas aller au delà de l'objet

and must therefore ... be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart, supra*, at p. 344; see Côté, *supra*, at p. 265. Dickson J. was speaking of the *Charter*, but his words apply equally to the task of interpreting the *NRTA*. Similarly, Binnie J. emphasized the need for attentiveness to context when he noted in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14, that “[g]enerous’ rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse.” Again the statement, made with respect to the interpretation of a treaty, applies here.

II. COURT SUMMARY

[19] The plaintiffs’ declaratory relief is for a determination of the meaning of a head of power under the Constitution, subsection 91(24) that the term “Indian”, as used in that head of power, encompasses Métis and Non-Status Indians. This is not a section 35 [as am. by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2] of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] case nor the interpretation or application of particular rights either under the Constitution or under specific agreements, nor is it about Aboriginal rights.

[20] This is an appropriate circumstance and the plaintiffs have sufficient standing for this Court to make a declaratory order. The declaration with respect to subsection 91(24) is granted; the other two declarations, ancillary in nature, are dismissed.

[21] The timeframe covered by this case commences with among the first interactions between French colonial government and Aboriginal people up to the very near past.

[22] During the colonial era, particularly the British colonial era, people of mixed European and Native ancestry were largely considered as Indians. This was furthered by the colonial government’s attempt to grant status as Indians to Natives—the first efforts at

véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte et que, par conséquent, [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, précité, p. 344; voir Côté, *op. cit.*, p. 335. Le juge Dickson faisait référence à la *Charte*, mais ses propos valent également pour l’interprétation de la *Convention*. De même, le juge Binnie a souligné la nécessité de porter attention au contexte lorsqu’il a indiqué, dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14, qu’« [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori. » Cet énoncé, formulé dans l’interprétation d’un traité, s’applique également en l’espèce.

II. RÉSUMÉ DE LA COUR

[19] Par leur demande de jugement déclaratoire, les demandeurs visent à ce que la Cour statue que le terme « Indiens », au sens du chef de compétence prévu au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, englobe les Métis et les Indiens non inscrits. Il ne s’agit pas d’une affaire portant sur l’article 35 [mod. par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2] de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ni sur l’interprétation ou l’application de droits précis conférés par la Constitution ou par des accords précis; elle ne concerne pas non plus les droits ancestraux.

[20] Il s’agit d’un cas qui se prête à un jugement déclaratoire et les demandeurs ont la qualité suffisante pour que la Cour puisse rendre un tel jugement. La demande de jugement déclaratoire relative au paragraphe 91(24) sera accueillie; les deux autres demandes de jugement déclaratoire, de nature incidente, seront rejetées.

[21] La présente affaire couvre une période allant des premières interactions entre le gouvernement colonial français et les Autochtones, jusqu’à un passé très récent.

[22] Lors de l’époque coloniale, et surtout lors de l’époque coloniale britannique, les personnes d’ascendance mixte européenne et autochtone étaient largement considérées comme étant des Indiens. Cette pratique s’est concrétisée lorsque le gouvernement colonial a

inclusion/exclusion notions through “marrying-in—marrying-out” provisions. Métis and others of mixed ancestry in the lands administered by the Hudson’s Bay Company [HBC] were also generally classed as Natives or Indians and often described as “half-breeds”.

[23] With Confederation and the takeover of responsibility for the lands and people in the areas of the Hudson’s Bay Company, it was important to have a broad power over those who were not part of Euro-Canadian society to facilitate expansion and development of the new country. A purposive approach to constitutional interpretation is mandated by the Supreme Court of Canada.

[24] In the absence of any record of debates or discussions concerning this Indian power, the Court had to rely on what was done just before and for some period after Confederation to give context and meaning to the words of subsection 91(24).

[25] The evidence concerning Non-Status Indians establishes that such persons were considered within the broad class of “Indians”. The situation regarding Métis was more complex and in many instances, including in the Red River area, Métis leadership rejected any inclusion of Métis as Indians. Nevertheless, Métis generally and over a greater area were often treated as Indians, experienced the same or similar limitations imposed by the federal government, and suffered the same burdens and discriminations. They were at least treated as a separate group within the broad class of “Indians”.

tenté d’accorder le statut d’Indiens aux Autochtones; il s’agissait là des premières notions en matière d’inclusion et d’exclusion, exprimées dans les dispositions concernant « l’inclusion et l’exclusion par mariage ». Les Métis, ainsi que les autres personnes d’ascendance mixte vivant sur les terres administrées par la Compagnie de la Baie d’Hudson (la CBH), étaient aussi généralement qualifiés d’Autochtones ou d’Indiens, et étaient souvent décrits par le terme « *half-breeds* » (métis).

[23] Avec la Confédération, et le fait que le nouvel État allait hériter de la responsabilité à l’égard des terres de la Compagnie de la Baie d’Hudson et des personnes qui vivaient sur ces terres, il était important d’avoir un pouvoir étendu à l’égard des personnes ne faisant pas partie de la société canadienne d’origine européenne, et ce, dans le but de favoriser l’expansion et le développement du nouveau pays. La Cour suprême du Canada prescrit une approche fondée sur l’objet en matière d’interprétation constitutionnelle.

[24] Vu l’absence de consignation des débats ou des discussions portant sur la compétence à l’égard des Indiens, la Cour a dû se fonder sur les actions posées juste avant la Confédération, ainsi que pendant un certain temps après sa création, afin de mettre en lumière le contexte et le sens des termes employés au paragraphe 91(24).

[25] La preuve concernant les Indiens non inscrits établit que ceux-ci étaient considérés comme étant inclus dans la vaste catégorie des « Indiens ». La situation était plus complexe en ce qui a trait aux Métis, et, dans de nombreuses régions, y compris dans la région de la rivière Rouge, les dirigeants des Métis avaient refusé que leur peuple soit inclus dans le groupe des Indiens. Néanmoins, dans la plus grande partie du territoire, les Métis en général étaient souvent traités comme des Indiens, étaient assujettis aux mêmes restrictions imposées par le gouvernement fédéral, ou à des restrictions similaires, et subissaient les mêmes contraintes et étaient victimes de la même discrimination que les Indiens. Ils étaient cependant traités comme un groupe séparé au sein de la vaste catégorie des « Indiens ».

[26] In more recent times those deprivations have been acknowledged by the federal government:

The Métis and non-status Indian people, lacking even the protection of the Department of Indian Affairs and Northern Development, are far more exposed to discrimination and other social disabilities. It is true to say that in the absence of Federal initiative in this field they are the most disadvantaged of all Canadian citizens.

[27] In the same vein, the federal government had largely accepted the constitutional jurisdiction over Non-Status Indians and Métis until the mid-1980s when matters of policy and financial concerns changed that acceptance.

[28] Consistent with past Supreme Court decisions which taught towards a more inclusive interpretation of the term “Indian”, such interpretation must stand on its own neither undermined nor supported by section 35 [*Constitution Act, 1982*]. A more inclusive interpretation is consistent with the evidence in this case and facilitates reconciliation with the broad group of Native peoples and their descendants.

III. PARTIES

[29] The plaintiffs consist of three individuals and one organization. Other than the declarations sought, which are to be applicable to all MNSI, the plaintiffs seek no specific relief for themselves.

A. Gabriel Daniels

[30] Gabriel Daniels is the son of Harry Daniels (now deceased), an original plaintiff in this action and a recognized advocate for Métis’ rights. While raised in Edmonton by his mother, he moved to Ottawa in 1997 to be with his father when he was the president of what is now the Congress of Aboriginal Peoples (CAP).

[26] Le gouvernement fédéral a, plus récemment, reconnu l’existence de ces problèmes :

[TRADUCTION] Les Métis et les Indiens non inscrits, qui n’ont même pas la protection du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sont beaucoup plus exposés à la discrimination et aux autres troubles sociaux. Il est exact d’affirmer que l’absence d’une initiative fédérale dans ce domaine fait en sorte qu’ils sont les plus désavantagés de tous les citoyens canadiens.

[27] Dans la même veine, le gouvernement fédéral a largement accepté la compétence constitutionnelle à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis, et ce, jusqu’au milieu des années 1980, alors que des questions d’ordre politique et financier l’ont fait revenir sur cette acceptation.

[28] L’interprétation plus inclusive du terme « Indiens » préconisée dans les arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada s’applique isolément : elle ne doit pas être minée ou étayée par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une interprétation plus inclusive est cohérente avec la preuve en l’espèce et favorise la réconciliation avec le vaste groupe des peuples autochtones et de leurs descendants.

III. LES PARTIES

[29] Les demandeurs comprennent trois personnes et une organisation. Outre les jugements déclaratoires demandés, qui s’appliqueraient à tous les MINI, les demandeurs ne sollicitent aucun redressement précis pour eux-mêmes.

A. Gabriel Daniels

[30] Gabriel Daniels est le fils de feu Harry Daniels, un demandeur original dans la présente action et un défenseur reconnu des droits des Métis. Bien qu’il ait été élevé à Edmonton par sa mère, il est déménagé à Ottawa en 1997 pour être avec son père, lorsque ce dernier était président de l’organisation maintenant connue sous le nom de Congrès des peuples autochtones (le CPA).

[31] Gabriel Daniels identifies himself as Métis, as did his father, mother and paternal and maternal grandmothers. He testified to his Métis cultural roots and involvement in Métis gatherings. He is a member of the Manitoba Metis Federation (MMF) and a past member of the Métis Nation of Alberta (MNA) and the Ontario Métis and Aboriginal Association (OMAA). Both the MMF and MNA are affiliates of the Métis National Council (a split-off from CAP) while the OMAA is an affiliate of CAP.

[32] While identifying as a Métis, Gabriel Daniels spoke to his long involvement in First Nations' activities including pow-wows, sweat lodges and round dances.

[33] Gabriel Daniels' mother, in addition to identifying as a Métis, also applied for registered status under the *Indian Act*. The denial of that request by Indian and Northern Affairs Canada (INAC) [now Aboriginal Affairs and Northern Development Canada] is indicative of the complexity of the issue as to who is an Indian and whether Métis are Indians under subsection 91(24) and the historical problem of categorizing such people.

B. Leah Gardner

[34] Leah Gardner is a Non-Status Indian from Ontario. Her children are Status Indians, as was her late husband. Her father acquired status as a result of subsection 6(2) amendments to the *Indian Act* known as Bill C-31 (*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27) (Bill C-31) because he had one parent entitled to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act*.

[35] While Leah Gardner's husband, whom she married in 1972, is a Status Indian under subsection 6(2) of the *Indian Act*, she was denied status because, as she

[31] Gabriel Daniels, à l'instar de son père, de sa mère ainsi que de ses grand-mères paternelle et maternelle, s'identifie comme Métis. Il a témoigné de ses racines culturelles métisses et de sa participation aux rassemblements Métis. Il est membre de la Fédération des Métis du Manitoba (la FMM) et est un ancien membre de la Nation métis de l'Alberta (la NMA) et de l'Association des Métis et des Autochtones de l'Ontario (l'AMAO). La FMM et la NMA sont affiliées au Ralliement national des Métis (le RNM) (qui s'est dissocié du CPA), alors que l'AMAO est affiliée au CPA.

[32] Bien qu'il s'identifie comme Métis, Gabriel Daniels a parlé de sa participation de longue date aux activités des premières nations, notamment aux pow-wows, aux sueries et aux danses en cercle.

[33] La mère de Gabriel Daniels, en plus de s'identifier comme Métis, a aussi présenté une demande pour obtenir le statut d'Indienne inscrite au titre de la *Loi sur les Indiens*. Le fait que cette demande ait été rejetée par Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) [maintenant Affaires autochtones et Développement du Nord Canada] illustre bien la complexité de la question de déterminer qui est un Indien et de celle de savoir si les Métis sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24), ainsi que du problème historique que constitue la catégorisation de telles personnes.

B. Leah Gardner

[34] Leah Gardner est une Indienne non inscrite originaire de l'Ontario. Ses enfants sont des Indiens inscrits, tout comme l'était son défunt époux. Son père avait acquis le statut d'Indien inscrit par l'effet des modifications apportées au paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, modifications connues sous le nom de projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27), car un des parents de ce dernier avait le droit d'être inscrit en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens*.

[35] Bien que l'époux de Leah Gardner, qu'elle avait épousé en 1972, soit un Indien inscrit en application du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, elle s'est

explained, “section 6(2) of the *Indian Act* doesn’t provide for the registration of Non-Status wives of Indian men whose marriages took place prior to April 17, 1985. Only the wives of Indian men who are registered or entitled to be registered under section 6(1)(a) of the Act are eligible for registration”.

[36] Leah Gardner identifies herself as a Métis without status but prefers “Anish[i]nabe without status”—Anishinabe being the Ojibway word for “the original people” or “people of the land”. She is active in the OMAA and other Aboriginal organizations. She participates in both Métis and Anishinabe cultural events.

C. Terry Joudrey

[37] Terry Joudrey is a Non-Status Mi’kmaq Indian from Nova Scotia. He lives on the former New Germany reserve. Both his mother and his grandmother were Status Indians but his father was not. He is a member of the Native Council of Nova Scotia and he uses his Aboriginal Treaty Rights Association card as if it was a licence to hunt and fish; activities he associates with Native traditions.

D. The Minister of Indian Affairs and Northern Development

[38] The defendant, the Minister of Indian Affairs and Northern Development, has the powers, duties and functions including all matters of which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to Indian affairs.

E. The Attorney General of Canada

[39] The Attorney General of Canada is responsible for the regulation and conduct of all litigation for or

vue refuser le droit d’être inscrite, car, comme elle l’a expliqué, [TRADUCTION] « le paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens* ne prévoit pas l’inscription des épouses non inscrites d’Indiens dont les mariages ont été célébrés avant le 17 avril 1985. Seules les épouses d’Indiens qui sont inscrits, ou qui ont le droit de l’être en vertu de l’alinéa 6(1)a) de la Loi, peuvent être inscrites ».

[36] Leah Gardner s’identifie comme une Métis non inscrite, mais préfère le titre [TRADUCTION] « d’Anishinabe non inscrite » — « Anishinabe » étant le mot ojibwa signifiant « le premier peuple » ou « le peuple de la terre ». Elle est active au sein de l’AMAO et des autres organisations autochtones et participe aux événements culturels métis et anishinabe.

C. Terry Joudrey

[37] Terry Joudrey est un Indien mi’kmaq non inscrit originaire de la Nouvelle-Écosse. Il vit sur l’ancienne réserve de New Germany. Sa mère et sa grand-mère étaient des Indiennes inscrites, mais son père n’en était pas un. Il est membre du Conseil des Autochtones de la Nouvelle-Écosse et il utilise sa carte de membre, en vertu des droits ancestraux et des droits issus de traités, comme s’il s’agissait d’un permis lui donnant droit de chasser et de pêcher, des activités qu’il estime liées aux traditions autochtones.

D. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

[38] Le défendeur ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien possède les pouvoirs et fonctions s’étendant, d’une façon générale, à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d’autres ministères ou organismes fédéraux liés aux affaires indiennes.

E. Le procureur général du Canada

[39] Le procureur général du Canada est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige

against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada.

où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale.

F. Congress of Aboriginal Peoples

F. Le Congrès des peuples autochtones

[40] CAP is a body corporate that offers representation to Métis and Non-Status Indians throughout Canada. Its objectives include “to advance on all occasions the ... interest of the Aboriginal people of Canada and to coordinate their efforts for the purpose of promoting their common interests through collective action”.

[40] Le CPA est une personne morale qui représente les MINI partout au Canada. Ses objectifs sont, notamment, de « [f]aire avancer en toute occasion les [...] intérêts des Autochtones du Canada et coordonner leurs efforts afin de promouvoir leurs intérêts communs grâce à une action collective ».

[41] CAP has been involved in this litigation for approximately 12 years. It claims to have spent over two million dollars to bring this case to trial.

[41] Le CPA participe à la présente instance depuis environ 12 ans. L’organisme affirme avoir dépensé plus de deux millions de dollars pour que cette affaire soit instruite.

[42] As indicated in the section “Discretion to Decide” [below, at paragraph 48], a somewhat unique feature of this litigation is that it has been principally funded by the federal government notwithstanding their numerous efforts to curtail this litigation.

[42] Comme il est mentionné dans la section intitulée « Le pouvoir discrétionnaire de statuer sur l’affaire » [ci-dessous, au paragraphe 48], une caractéristique quelque peu unique du présent litige est qu’il a principalement été financé par le gouvernement fédéral, malgré que ce dernier ait déployé de nombreux efforts pour le faire dérailler.

[43] However, the federal government’s funding contribution should not be taken to undermine the pivotal role CAP played in advancing this claim—a role that few, if any, individuals falling within the group known as MNSI could do.

[43] Cependant, l’apport financier fourni par le gouvernement fédéral ne doit pas être perçu comme un élément minimisant le rôle essentiel joué par le CPA pour faire progresser la présente action, un rôle que peu de personnes, voire aucune, parmi celles faisant partie du groupe des MINI, auraient pu occuper.

[44] CAP has played a key position in the modern day discussions between Native groups and the federal government but it is not the only group to speak on behalf of the Métis.

[44] Le CPA a occupé un rôle clé dans les discussions contemporaines entre les groupes autochtones et le gouvernement fédéral, mais il ne s’agit pas du seul groupe s’exprimant au nom des Métis.

[45] CAP (previously known as the Native Council of Canada or NCC—then sometimes confused with the National Capital Commission) had a serious internal dispute over Métis issues and representation.

[45] Le CPA (qui était antérieurement connu sous le nom de Conseil national des Autochtones du Canada, ou le CNAC, et dont l’acronyme de la dénomination anglaise (NCC) prêtait parfois à confusion avec l’acronyme anglais de la Commission de la capitale nationale) a été aux prises avec un grand conflit interne relativement aux questions liées aux Métis et à la représentation de ces derniers.

[46] In March 1983, the Prairie Métis either left or were expelled from the NCC and formed their own organization—the Métis National Council (MNC). Thereafter, at the various constitutional discussions involving Native issues, the MNC were present along with the NCC/CAP.

[47] Although the MNC were not involved in this litigation, the Court is cognizant of the fact that CAP is not the sole recognized voice of Métis.

IV. DISCRETION TO DECIDE

[48] It is a central theme of the defendants' argument that this Court ought not to decide this matter because, in summary, it is a theoretical matter which will not resolve anything. The defendants urge the Court not to exercise its discretion to grant one or more of the declarations requested.

[49] The defendants' position is that none of the declarations will do anything but lead to further litigation. It is their thesis that what is at issue between the parties is alleged discrimination as between the treatment of MNSI and Status Indians.

[50] This is not the first time that the defendants have raised the issue of whether declaratory relief is appropriate. In the many years that this case has been in the Court system (since 1999), the defendants have brought various proceedings to stop the action proceeding but without success.

[51] Having not succeeded in preventing this action going forward, the defendants now ask the Court not to make any finding on the merits one way or the other but to simply decline to exercise jurisdiction to decide.

[52] A somewhat unique feature of this action is that, until the recent advance cost order, it has been

[46] En mars 1983, les Métis des Prairies avaient quitté ou avaient été expulsés du CNAC et avaient formé leur propre organisation, le Ralliement national des Métis (le RNM). Par la suite, lors des diverses discussions constitutionnelles concernant les questions liées aux Autochtones, le RNM était présent aux côtés du CNAC/CPA.

[47] Bien que le RNM n'ait pas participé au présent litige, la Cour tient compte du fait que le CPA n'est pas la seule voie reconnue des Métis.

IV. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE STATUER SUR L'AFFAIRE

[48] Le fait que la Cour ne devrait pas trancher la présente affaire, parce que, en bref, il s'agit d'une affaire théorique qui ne réglera rien, constitue un thème central de la thèse des défendeurs. Ces derniers exhortent la Cour à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un ou plusieurs des jugements déclaratoires sollicités.

[49] Les défendeurs sont d'avis qu'aucun des jugements déclaratoires sollicités n'accomplira quoi que ce soit, sauf conduire à d'autres litiges. Ils soutiennent que l'objet du présent litige entre les parties est la discrimination alléguée à l'endroit des MINI par rapport aux Indiens inscrits.

[50] Ce n'était pas la première fois que les défendeurs soulevaient la question de savoir si des jugements déclaratoires étaient appropriés. Au cours des nombreuses années depuis que l'appareil judiciaire est saisi de la présente affaire (depuis 1999), les défendeurs ont présenté, sans succès, divers actes de procédure visant à mettre fin à l'action.

[51] Les défendeurs, n'ayant pas réussi à empêcher la présente action de suivre son cours, demandent maintenant à la Cour de ne pas se prononcer sur le fond, d'un côté ou de l'autre, et de simplement refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher l'affaire.

[52] Une caractéristique quelque peu unique de la présente action est que, jusqu'au prononcé de

funded under the Test Case Funding Program (TCFP) administered by the federal government. The TCFP was created to fund important Native-related test cases that had the potential to create judicial precedent.

[53] The defendants' first point is that the first declaration will not resolve the real dispute between the parties because at best it would provoke further litigation or at worse cause confusion. The further litigation is said to be some claim of discrimination between MNSI and Status Indians either under section 15 of the Charter or section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[54] The principal issue in this action is whether the federal government has jurisdiction to make laws in respect of MNSI under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* because they are "Indians". The other two declarations flow from the answer to the first issue.

[55] The record in this action is replete with references to the dispute as to jurisdiction over MNSI and with reasons why the federal government has sometimes taken the position that it does not have such jurisdiction under subsection 91(24). It should be noted here, that at other times, federal officials acknowledged that the federal government had such jurisdiction even where it did not wish to exercise it.

[56] As early as 1905, Ontario and Canada exchanged correspondence over which level of government was responsible for addressing the claims of half-breeds in respect of Treaty No. 9 (1905–1906). A similar exchange arose in 1930 between Alberta and Canada concerning responsibility for indigent half-breeds with Saskatchewan calling on the federal government to address their needs as "part and parcel of the Indian problem".

l'ordonnance de provisions pour frais, celle-ci était financée au moyen du Programme de financement des causes types (le PFCT), qui est géré par le gouvernement fédéral. Le PFCT avait été créé pour financer les importants cas types qui étaient susceptibles de créer des précédents jurisprudentiels sur les questions liées aux Autochtones.

[53] Le premier argument des défendeurs à ce sujet est que le premier jugement déclaratoire ne réglerait pas le litige réel entre les parties, parce que, dans le meilleur des cas, ce jugement ne ferait qu'entraîner d'autres litiges, ou, dans le pire des cas, créerait de la confusion. On affirme que ces autres litiges prendraient la forme d'allégations de discrimination à l'endroit des MINI par rapport aux Indiens inscrits, allégations qui seraient fondées soit sur l'article 15 de la Charte, soit sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[54] La principale question en litige dans la présente action est de savoir si le gouvernement fédéral a compétence pour faire des lois à l'égard des MINI en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, du fait que ces derniers sont des « Indiens ». Les deux autres jugements déclaratoires découlent de la réponse à la première question en litige.

[55] Le dossier dans la présente affaire regorge de références au différend concernant la compétence sur les MINI et aux motifs pour lesquels le gouvernement fédéral a parfois maintenu qu'il ne possède pas une telle compétence en vertu du paragraphe 91(24). Il faut souligner à cet égard que, à d'autres occasions, les fonctionnaires fédéraux reconnaissaient que le gouvernement fédéral avait une telle compétence, même dans les cas où ce dernier ne souhaitait pas l'exercer.

[56] Dès 1905, l'Ontario et le Canada avaient échangé des lettres concernant la question de savoir quel palier de gouvernement était responsable de répondre aux revendications des métis relativement au Traité n° 9 (1905–1906). Un échange similaire avait eu lieu en 1930 entre l'Alberta et le Canada au sujet de la responsabilité à l'égard des métis démunis, alors que la Saskatchewan appelait le gouvernement fédéral à répondre aux besoins

[57] There is a real live jurisdictional issue which has been recognized by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP) in its calling for the federal government to bring a reference, particularly in respect of Métis, to decide whether subsection 91(24) applies to Métis people.

[58] Government documents destined to Cabinet assessing RCAP recommendations concluded that it would be premature to embrace RCAP's recommendation to negotiate Métis claims absent a court decision on, amongst others, the division of federal-provincial liability.

[59] In the absence of any such reference or other proceeding, the plaintiffs have sought a declaration along the same lines as the RCAP recommendation.

[60] Justice Hugessen summarized the three basic requirements for obtaining declaratory relief and concluded that they had been met. As Justice Hugessen said in respect of one of the defendants' motions to dismiss this action (*Daniels v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2008 FC 823 (*Daniels*), at paragraphs 6–8):

The fact that the government has the power to raise the same issues which come up in this case and to raise them by way of a reference does not mean that those issues cannot come before the Court in some other way. In my view, the present action is precisely such another way and is legitimate.

The classic three requirements in this and I think in every other Court for obtaining declaratory relief are:

1. That plaintiff has an interest
2. That there be a serious contradictor for the claim.

de ceux-ci, car ils faisaient [TRADUCTION] « partie intégrante du problème indien ».

[57] Il existe un véritable litige quant à la compétence, que la Commission royale sur les peuples autochtones (la CRPA) a reconnu, lorsqu'elle avait appelé le gouvernement fédéral à faire un renvoi à cet égard, surtout au sujet des Métis, pour trancher la question de savoir si le paragraphe 91(24) s'applique aux Métis.

[58] Dans les documents gouvernementaux qui étaient destinés au Cabinet et dans lesquels on se penchait sur les recommandations de la CRPA, on avait conclu qu'il serait trop tôt pour adhérer à la recommandation de la CRPA d'amorcer des négociations au sujet des revendications des Métis, en l'absence d'une décision judiciaire concernant, notamment, le partage de la responsabilité entre le fédéral et les provinces. s

[59] En l'absence d'un tel renvoi, ou d'une autre instance, les demandeurs ont sollicité un jugement déclaratoire allant dans le même sens que la recommandation de la CRPA.

[60] Le juge Hugessen a résumé les trois conditions de base nécessaires à l'obtention d'un jugement déclaratoire et a conclu que celles-ci avaient été remplies. Comme l'a affirmé le juge Hugessen à l'égard de l'une des requêtes en rejet de la présente action présentées par les défendeurs (*Daniels c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 823 (*Daniels*), aux paragraphes 6 à 8) :

[TRADUCTION] Le fait que le gouvernement ait le pouvoir de soulever les mêmes questions que celles qui se posent dans la présente affaire, et de le faire au moyen d'un renvoi, ne signifie pas que ces questions ne puissent être soumises à la Cour par un autre moyen. Selon moi, la présente action constitue précisément un tel autre moyen, et est légitime.

Les trois conditions classiques pour obtenir un jugement déclaratoire devant la Cour, et, je crois, devant tout autre tribunal, sont les suivantes :

1. Le demandeur possède un intérêt.
2. Il existe un adversaire valable pour s'opposer à la demande.

3. That the issue raised and upon which a declaration is sought is a real and serious one and not merely hypothetical or academic. (*Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1991), 136 N.R. 421).

In my opinion it is certainly not beyond question that those requirements have not been met in the present case. Indeed, I think that they are all met and satisfied.

[61] Justice Hugessen's summary is in accord with the following from *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pages 830–831:

Declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bounded by substantive content, which avails persons sharing a legal relationship, in respect of which a 'real issue' concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined.

The principles which guide the court in exercising jurisdiction to grant declarations have been stated time and again. In the early case of *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.* ([1921] 2 A.C. 438), in which parties to a contract sought assistance in construing it, the Court affirmed that declarations can be granted where real, rather than fictitious or academic, issues are raised. Lord Dunedin set out this test (at p. 448):

The question must be a real and not a theoretical question, the person raising it must have a real interest to raise it, he must be able to secure a proper contradictor, that is to say, someone presently existing who has a true interest to oppose the declaration sought.

In *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government* ([1958] 1 Q.B. 554), (rev'd [1960] A.C. 260, on other grounds), Lord Denning described the declaration in these general terms (p. 571):

... if a substantial question exists which one person has a real interest to raise, and the other to oppose, then the court has a discretion to resolve it by a declaration, which it will exercise if there is good reason for so doing.

[62] The trial record's amended statement of claim raises discrimination under section 15 of the Charter and section 35 of the *Constitution Act, 1982*, but in the context of denial of jurisdiction and refusal or failure to consult in good faith.

3. La question soulevée à l'égard de laquelle le jugement déclaratoire est demandé est réelle et importante, et non hypothétique ou théorique. (*Bande de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (1991), 136 N.R. 421).

Je suis d'avis qu'il n'est certainement pas indiscutable que ces conditions n'aient pas été remplies dans la présente affaire. En fait, je crois qu'elles ont toutes été remplies et satisfaites.

[61] Le résumé du juge Hugessen est conforme au passage suivant, tiré de l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, aux pages 830 et 831 :

Le jugement déclaratoire est un recours qui n'est pas restreint par la forme ni limité par le fond et qui appartient à des personnes ayant un lien juridique dont découle une «véritable question» à trancher concernant leurs intérêts respectifs.

Les principes qui guident le tribunal dans l'exercice de sa compétence en matière de jugement déclaratoire ont été maintes fois exposés. Dans une affaire ancienne *Russian Commercial and Industrial Bank v. British Bank for Foreign Trade Ltd.* ([1921] 2 A.C. 438), où les parties à un contrat ont demandé une aide pour l'interpréter, la Cour a affirmé qu'un jugement déclaratoire peut être accordé lorsque des questions réelles, et non fictives ou théoriques, sont soulevées. Lord Dunedin a formulé le critère suivant (à la p. 448) :

[TRADUCTION] La question doit être réelle et non théorique, celui qui la soulève doit avoir un intérêt réel à le faire et il doit pouvoir présenter un adversaire valable, c'est-à-dire quelqu'un ayant un intérêt véritable à s'opposer à la déclaration sollicitée.

Dans *Pyx Granite Co. Ltd. v. Ministry of Housing and Local Government* ([1958] 1 Q.B. 554), (inf. [1960] A.C. 260, pour d'autres motifs), lord Denning décrit la nature du jugement déclaratoire en ces termes (p. 571) :

[TRADUCTION] [...] s'il existe une question de fond que quelqu'un a un intérêt réel à soulever, et quelqu'un d'autre à s'y opposer, alors le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de la résoudre par voie de jugement déclaratoire, ce qu'il fera si c'est justifié.

[62] La déclaration modifiée figurant au dossier d'instruction soulève la question de la discrimination au titre de l'article 15 de la Charte et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais dans le contexte de déni de compétence et celui de refus ou d'omission de consulter de bonne foi.

[63] The plaintiffs' prayer for relief makes no reference to discrimination or grounds for a remedy in the usual nature for a discrimination case.

[64] The defendants have tried to cast the plaintiffs' case as one of discrimination, the subject of a section 15 proceeding or a question of federal spending power to extend programs and services. However, this is the plaintiffs' case to frame and it has chosen not to frame it as the defendants would wish it.

[65] The first declaration will resolve the immediate dispute over jurisdiction. Whether such resolution leads to further litigation or possible political pressure is not a grounds for refusing to hear this matter. The plaintiffs are not claiming a right to specific legislation or access to specific programs.

[66] It is an accepted right that a plaintiff may frame the action (subject to various rules of pleading) as it wishes. It is not for the defendants to tell the plaintiffs what their case is or should be.

[67] The defendants also argue that these declarations are being advanced in a factual vacuum. The defendants are correct that there must be a factual foundation upon which to base a determination of rights (see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713).

[68] While people *per se* rather than the subject-matter do not fall in or out of the division of powers, the plaintiffs assert the right for MNSI to be included as Indians under subsection 91(24) and subject to the exclusive jurisdiction of the federal government to make laws in relation to them. The nature of subsection 91(24) is to confer jurisdiction over a specific group of people. In

[63] La demande de jugement déclaratoire des demandeurs ne fait pas mention de la discrimination, ou des motifs pour obtenir les redressements usuels dans une affaire de discrimination.

[64] Les défendeurs ont tenté de présenter la cause des demandeurs comme une affaire en matière de discrimination, visée par une instance au titre de l'article 15 ou une question concernant le pouvoir fédéral de dépenser pour élargir la portée de ses programmes et services. Cependant, les demandeurs peuvent définir leur cause comme ils l'entendent, et ils ont choisi de ne pas la définir de la manière souhaitée par les défendeurs.

[65] Le premier jugement déclaratoire réglera le litige immédiat concernant la compétence. La question de savoir si un tel règlement entraînera d'autres litiges ou de possibles pressions politiques ne constitue pas un motif pour refuser d'entendre la présente affaire. Les demandeurs ne revendiquent pas le droit de bénéficier d'une disposition légale précise, ni celui d'avoir accès à des programmes en particulier.

[66] Il est reconnu en droit qu'un demandeur peut formuler l'action comme il l'entend (sous réserve de diverses règles de procédure). Il n'appartient pas aux défendeurs de dire aux demandeurs quelle est leur cause ou quelle devrait être leur cause.

[67] Les défendeurs prétendent aussi que les présentes demandes de jugement déclaratoire sont présentées dans une situation de vide factuel. Les défendeurs ont raison d'affirmer qu'il doit exister un fondement factuel sur lequel peut reposer une décision relative à des droits (voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713).

[68] Bien que les personnes en elles-mêmes, contrairement aux objets des compétences, ne soient pas incluses ou exclues du partage des compétences, les demandeurs affirment que les MINI ont le droit d'être considérés comme des Indiens au sens du paragraphe 91(24) et d'être assujettis à la compétence exclusive du gouvernement fédéral de faire des lois à leur égard.

that regard, it is different than most other powers conferred to either the federal or provincial governments under the Constitution.

[69] It is no answer for the defendants to say that a case such as this cannot be brought because there is no federal legislation against which to assert an action. There is no such legislation because the federal government denies jurisdiction over MNSI. This is a classic Catch-22 situation. It is a situation for which the declaration proceeding is well suited to resolve.

[70] It is difficult to sustain any argument that there is a factual vacuum in a case with more than six weeks of evidence, much of it expert and profoundly historical, encompassing approximately 800 exhibits (with few, if any, single page exhibits) extracted from over 15 000 documents. The sweep of the historical evidence ranged from first contact with North American Natives to very current Aboriginal-federal government negotiations.

[71] In many regards the type of evidence in this action is similar and sometimes identical to that of *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, both at the trial and appellate levels. The type of evidence is also similar in many respects to that in *Blais*, above.

[72] The defendants argue that this action cannot result in a duty to legislate even if the defined people fall within subsection 91(24) (see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525). The plaintiffs have not sought any order suggesting a duty to legislate or to have access to specific programs; they seek to know whether they fall within that class of

Le paragraphe 91(24) a pour effet de conférer une compétence à l'égard d'un groupe précis de personnes. À cet égard, cette compétence est différente de la plupart des autres compétences que la Constitution confère au gouvernement fédéral ou aux gouvernements provinciaux.

[69] Les défendeurs ne peuvent se contenter d'affirmer qu'une affaire comme celle en l'espèce ne peut être soumise à la Cour, en raison du fait qu'il n'existe pas de législation fédérale à l'égard de laquelle une action peut être engagée. Une telle législation n'existe pas, parce que le gouvernement fédéral nie avoir compétence à l'égard des MINI. Il s'agit du cas classique de la situation sans issue. La demande de jugement déclaratoire convient bien pour résoudre cette situation.

[70] Il est difficile de soutenir une prétention selon laquelle il existe un vide factuel dans une affaire, lorsqu'il a fallu six semaines pour instruire la preuve, dont une grande partie consistait en des témoignages d'experts et était de nature grandement historique, qui englobait environ 800 pièces (peu, voir aucune, de ces pièces ne comptaient qu'une seule page), lesquelles étaient tirées de plus de 15 000 documents. Le champ de la preuve historique s'étendait du premier contact avec les Autochtones d'Amérique du Nord, jusqu'aux actuelles négociations entre les Autochtones et le gouvernement fédéral.

[71] À bon nombre d'égards, le type de preuve dans la présente action est similaire, voire même parfois identique, à celle produite dans l'affaire *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, tant en première instance qu'au stade de l'appel. Sur de nombreux aspects, ce type de preuve est aussi similaire à celle de l'affaire *Blais*, précitée.

[72] Les défendeurs prétendent que la présente action ne peut entraîner un devoir de légiférer, et ce, même si les personnes visées sont incluses dans la portée du paragraphe 91(24) (voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)* [1991] 2 R.C.S. 525). Les demandeurs n'ont pas demandé le prononcé d'une ordonnance donnant à penser qu'il existe un devoir

people in respect of whom Canada has the exclusive jurisdiction to make laws.

[73] Any uncertainty about provincial laws such as Alberta's *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, can only be removed by a decision on the issue raised whether the Métis are Indians for purposes of subsection 91(24). The legitimacy of the Alberta legislation does not necessarily preclude federal jurisdiction to legislate in respect of Métis.

[74] There is no question that there are certain definitional difficulties in this action but there is evidence that this can be resolved. Further, the Supreme Court in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207 (*Powley*), dealing with who are Métis, held that difficulties of definition are not to be exaggerated as a basis for defeating constitutional rights. The principle is particularly apt in this action. Should difficult cases be a grounds for not deciding, and this case has more than enough difficulties, the courts would not be carrying out their constitutional obligations as courts to decide real legal disputes.

[75] The Court has addressed the issue that section 15 of the Charter is a better and more appropriate way to proceed. Given the decision in *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950 (*Lovelace*) and *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670 (*Cunningham*), there may be significant doubt as to the availability of that remedy.

[76] The defendants also contend that this action is tantamount to an impermissible private reference. Justice Hugessen has addressed that point fully in *Daniels*, above, at paragraph 6 of his decision.

de légiférer, ou leur donnant accès à des programmes précis; ils cherchent à savoir s'ils sont inclus dans cette catégorie de personnes à l'égard desquelles le Canada a la compétence exclusive de faire des lois.

[73] Toute incertitude à propos de lois provinciales, comme la *Metis Settlements Act* [R.S.A. 2000, ch. M-14] de l'Alberta, ne peut être levée que par une décision quant à la question soulevée, soit de savoir si les Métis sont des Indiens pour les besoins du paragraphe 91(24). Le fait que la loi de l'Alberta soit valide n'empêche pas nécessairement le gouvernement fédéral d'exercer sa compétence d'adopter des lois à l'égard des Métis.

[74] Il ne fait pas de doute que la présente action soulève quelques difficultés de définition, mais la preuve démontre que celles-ci peuvent être résolues. De plus, la Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207 (*Powley*), qui traitait de l'identité des Métis, a statué qu'il ne fallait pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté métisse pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution. Ce principe est particulièrement judicieux dans le contexte de la présente action. Si les difficultés d'une affaire constituaient un motif pour refuser de la trancher, et la présente affaire renferme plus que son lot de difficultés, les tribunaux ne s'acquitteraient pas de leurs obligations constitutionnelles de trancher les différends juridiques réels.

[75] La Cour a examiné le point de savoir si l'article 15 de la Charte constitue une manière plus efficace et appropriée de procéder. Compte tenu des arrêts *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950 (*Lovelace*), et *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670 (*Cunningham*), il pourrait y avoir des doutes considérables quant à la disponibilité de ce recours.

[76] Les défendeurs prétendent aussi que la présente action équivaut à un renvoi d'initiative privée, ce qui n'est pas autorisé. Le juge Hugessen a répondu de façon complète à cet argument dans la décision *Daniels*, précitée, au paragraphe 6 de sa décision.

[77] In addition to the above forming the grounds to reject the defendants' arguments not to decide, there are additional factors which assist in resolving this issue. In exercising the Court's discretion, the Court must also have considered the practicality and prejudice of declining to decide.

[78] This action has taken over 12 years to get to this point. It has been funded largely by the TCFP, a program which is subject to government policy as to its continuance. The plaintiffs are already under an advance costs order to ensure that this action could continue to be tried when the TCFP funding cap had been reached, which it has. There is no assurance that some other alternate action could be financially sustained by which the plaintiffs could address the issues they have brought to Court.

[79] Furthermore, the public has already advanced approximately \$2 million to the plaintiffs even with plaintiffs' counsel's contribution of work at substantially below usual hourly rates. The government of Canada has also had to pay its Justice counsel and their experts. The Court considered the overall financial public investments in the advance costs order (*Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2011 FC 230, 387 F.T.R. 102) with a rough estimate of \$5–6 million.

[80] There has been significant time, and millions of public funds invested in this action which would be wasted if the Court declined to decide this matter. It would not be in the public interest to exercise the Court's discretion to not decide the matter in addition to all the other reasons cited above.

[81] Returning to the basic principles underlying the right to seek a declaration from a court, the Supreme Court of Canada has again recently affirmed the basic principles applicable to such cases. In *Canada (Prime*

[77] En plus des motifs, exposés précédemment, pour rejeter les prétentions du défendeur selon lesquelles la Cour ne devrait pas rendre de décision, il existe des facteurs supplémentaires pouvant aider à régler le présent litige. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour doit aussi avoir tenu compte des aspects pratiques et du préjudice pouvant être occasionné par le refus de trancher l'affaire.

[78] Il s'est écoulé plus de 12 ans depuis que l'action a été introduite. Elle a été financée en grande partie par le PFCT, un programme dont la continuation relève de la politique du gouvernement. Les demandeurs bénéficient déjà d'une ordonnance de provision pour frais, dans le but de garantir que l'instruction de la présente action puisse se poursuivre après que le plafond de financement du PFCT aura été atteint, ce qui a d'ailleurs été le cas. Il n'est pas assuré qu'une action de rechange, dans laquelle les demandeurs pourraient aborder les questions qu'ils ont présentées à la Cour, pourrait être soutenue financièrement.

[79] De plus, le public a déjà avancé environ 2 millions de dollars aux demandeurs, sans compter que les honoraires de leurs avocats sont substantiellement en deçà des taux usuels. Le gouvernement du Canada a aussi dû rémunérer les avocats du ministère de la Justice ainsi que leurs experts. La Cour a tenu compte de l'investissement financier public global, avec une estimation très approximative de 5 à 6 millions de dollars, dans son ordonnance de provision pour frais (*Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2011 FC 230).

[80] Un temps considérable et des millions de dollars de fonds publics ont été investis dans la présente action. Tout cela serait gaspillé si la Cour devait refuser de trancher la présente affaire. En plus de tous les autres motifs mentionnés ci-dessus, il ne serait pas dans l'intérêt public que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas trancher l'affaire.

[81] Revenons aux principes fondamentaux sous-jacents au droit de demander à un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire. La Cour suprême du Canada a récemment confirmé, une fois de plus, les principes

Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraph 46, the Supreme Court said:

In this case, the evidentiary uncertainties, the limitations of the Court’s institutional competence, and the need to respect the prerogative powers of the executive, lead us to conclude that the proper remedy is declaratory relief. A declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy: *Operation Dismantle*, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. It has been recognized by this Court as “an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes”: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649. A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

[82] This Court has jurisdiction over the case, the question before the Court is real, and the persons raising the issues have a real interest to raise it.

[83] Therefore, the Court cannot accept the defendants’ invitation to decline to decide this matter.

V. NATURE OF THE PROBLEM

[84] The circumstances which the plaintiffs claim to have given rise to this litigation is well described in a memorandum to Cabinet from the Secretary of State dated July 6, 1972:

The Métis and non-status Indian people, lacking even the protection of the Department of Indian Affairs and Northern Development, are far more exposed to discrimination and other social disabilities. It is true to say that in the absence of Federal initiative in this field they are the most disadvantaged of all Canadian citizens.

[85] The Métis and Non-Status Indians have been described similarly in various other documents in evidence in this case.

fondamentaux applicables à de telles situations. Elle a mentionné ce qui suit dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 46 :

En l’espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l’exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu’il s’agit d’une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l’objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C’est le cas en l’espèce.

[82] La Cour a compétence sur la présente affaire, la question dont la Cour est saisie est une question réelle et les personnes qui soulèvent la question ont véritablement intérêt à la soulever.

[83] Par conséquent, la Cour ne peut faire droit à l’invitation des défendeurs de refuser de trancher la présente affaire.

V. LA NATURE DU PROBLÈME

[84] Les circonstances qui, selon les demandeurs, avaient donné naissance au présent litige étaient bien décrites dans un mémoire au Cabinet présenté par le secrétaire d’État, en date du 6 juillet 1972 :

[TRADUCTION] Les Métis et les Indiens non inscrits, qui n’ont même pas la protection du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sont beaucoup plus exposés à la discrimination et aux autres troubles sociaux. Il est exact d’affirmer que l’absence d’une initiative fédérale dans ce domaine fait en sorte qu’ils sont les plus désavantagés de tous les citoyens canadiens.

[85] Les Métis et les Indiens non inscrits ont été décrits de manière similaire dans divers autres documents présentés en preuve dans la présente affaire.

[86] From the Métis perspective, they see the provincial governments as treating the Métis as “political footballs”. The federal government denies that they have responsibility for Métis; the provinces take the opposite position and see the matter as a funding issue for which the federal government is primarily, if not exclusively, responsible.

[87] The essential feature of this perspective—the jurisdictional avoidance feature—was confirmed by Ian Cowie, a senior official in the Department of Indian and Northern Affairs (as it was known) who had significant experience in Aboriginal affairs and who possessed the corporate policy history of the Department. The result was that services to MNSI just were not supplied while governments fought about jurisdiction—principally a fight about who bore financial responsibility.

[88] In an interim report from the Consultative Group on MNSI Socioeconomic Development in 1979 (a federal government report developed to outline future consultation strategies with provincial MNSI associations and the Native Council of Canada), federal officials point out:

(a) the impact of changing the criteria for Indian registration (a matter that goes to the root of the Non-Status Indian issue);

(b) the federal government has restricted its special powers and obligations (under the Constitution) to Status Indians and land reserved for Indians whereas the provinces have recognized no special obligations to Native people other than those imposed by treaty or in the Prairie provinces, the Natural Resources Transfer Acts (1930) [*The Alberta Natural Resources Act*, S.C. 1930, c. 3; *The Manitoba Natural Resources Act*, S.C. 1930, c. 29; *The Saskatchewan Natural Resources Act*,

[86] Selon le point de vue des Métis, les gouvernements provinciaux se servent d’eux comme de [TRADUCTION] « ballons politiques ». Le gouvernement fédéral nie avoir une responsabilité à l’égard des Métis; les provinces adoptent la position contraire et perçoivent l’affaire comme une question de financement à l’égard duquel le gouvernement fédéral est principalement, sinon exclusivement, responsable.

[87] L’élément essentiel de ce point de vue — l’évitement de compétence — a été confirmé par Ian Cowie (M. Cowie, un haut fonctionnaire du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (tel était le nom de ce ministère à l’époque) qui avait une expérience importante en ce qui concerne les affaires autochtones et qui avait une connaissance approfondie de l’historique des politiques du Ministère. Cet évitement de compétence a eu pour résultat que, pendant que les gouvernements se disputaient au sujet de la compétence, une dispute portant principalement sur la question de savoir qui devait payer, les services aux MINI n’étaient tout simplement pas fournis.

[88] Dans le rapport intérimaire du Groupe consultatif sur le développement socio-économique des MIF (Métis et Indiens de fait) de 1979 (un rapport du gouvernement fédéral qui avait été élaboré pour exposer les grandes lignes des stratégies qui allaient être adoptées lors des consultations avec les associations provinciales des MINI et le Conseil national des Autochtones du Canada), les fonctionnaires fédéraux avaient souligné :

a) les répercussions entraînées par le changement des conditions pour être inscrit en tant qu’Indien (une question qui est au cœur du problème des Indiens non inscrits);

b) la limitation, par le gouvernement fédéral, de ses pouvoirs spéciaux et de ses obligations (au titre de la Constitution) à l’égard des Indiens inscrits et des terres réservées pour les Indiens, tandis que les provinces n’avaient pas reconnu avoir d’obligations spéciales à l’égard des Autochtones, à l’exception de celles imposées par traité ou, dans le cas des provinces des Prairies, des lois concernant le transfert des ressources naturelles (1930) [*Loi des ressources naturelles de l’Alberta*, S.C.

S.C. 1930, c. 41]. Neither level of government recognizes any special legal obligation for people of Indian ancestry other than Status Indians;

(c) while neither the federal nor provincial level of government officially recognizes any special obligation to MNSI, there are some joint federal-provincial programs which seem to be the only type of help on the horizon.

[89] In addition to the discussion of federal provincial positions in respect of MNSI, the paper gave a useful synopsis of some of the historical factors affecting MNSI; none of which are in serious disagreement with the expert opinions that were put before the Court.

[90] The process of recording the history of Native people in Canada is an activity that will be ongoing well into the future. Although oversimplification of such a massive subject is fraught with danger, a brief explanation of certain historical elements is necessary as background to an understanding of present conditions concerning the legal status, geographic location and current circumstances of Native people.

[91] The Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) paper of August 1978 entitled “The Historical Development of the Indian Act” indicates that one of the first legislative provisions to differentiate between “status” and “non-status” Indians was an 1851 amendment (*An Act to repeal in part and to amend an Act, intituled, An Act for the better protection of the Lands and property of the Indians in Lower Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), c. 59) to the Upper Canada Indian Protection Act of 1850 (*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass or injury*, S. Prov. C. 1850, c. 74). This amendment was made to clarify the definition of an “Indian” in relation to the legislative purpose of securing Indian land from “White” encroachment.

1930, ch. 3; *Loi des ressources naturelles du Manitoba*, S.C. 1930, ch. 29; *Loi des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41]. Aucun palier de gouvernement ne reconnaît d’obligation spéciale à l’égard des personnes d’ascendance indienne, outre envers les Indiens inscrits;

c) le fait que, malgré que le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ne reconnaissent aucune obligation spéciale à l’égard des MINI, il existe certains programmes fédéraux-provinciaux, lesquels semblent être le seul type d’aide à l’horizon.

[89] En plus de la discussion concernant les positions du fédéral et des provinces à l’égard des MINI, le document dresse un sommaire utile de certains des facteurs historiques touchant les MINI; aucun de ces facteurs ne diverge grandement des opinions d’experts qui ont été présentées à la Cour.

[90] Le processus de consignation de l’histoire des Autochtones au Canada est une activité qui se poursuivra pendant encore de nombreuses années. Bien que la simplification à l’extrême d’un sujet aussi vaste soit un exercice périlleux, une brève explication de certains éléments est nécessaire, en guise de contexte, pour comprendre l’actuel état des faits au sujet du statut juridique, de l’emplacement géographique et de la situation des Autochtones.

[91] Le document du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) d’août 1978 intitulé « Historique de la Loi sur les Indiens » indique que l’une des premières dispositions législatives à effectuer une distinction entre les Indiens « inscrits » et « non inscrits » était une modification apportée en 1851 (*Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), ch. 59) à la loi de 1850 du Haut-Canada portant protection des Indiens (*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut-Canada, contre la fraude, et les propriétés qu’ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, ch. 74). Le but de cette modification était de clarifier la définition d’« Indien » relativement à l’objectif

Through the definition of “Indian”, the 1851 amendment indirectly excluded “Whites” living among Indians and non-Indian males married to Indian women from obtaining legal status as “Indians”. On the other hand, the definition of “Indian” included [section II]:

II. ...

Thirdly. All women, now or hereafter to be lawfully married to any of the persons included in the several classes hereinbefore designated; the children issued of such marriages, and their descendants.

Thus started one of the discriminatory practices based on sex that was destined to be carried throughout the evolution of the *Indian Act* to the present day. Those practices have of course had a major influence on the composition of the group called Non-Status Indians.

[92] A few years later, on June 10, 1857, *An Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), c. 26, contained a preamble indicating that the government favoured integration of Indians rather than additional legislative exclusions. The preamble said this:

Preamble.

WHEREAS it is desirable to encourage the progress of Civilization among the Indian Tribes in this Province, and the gradual removal of all legal distinctions between them and her Majesty’s other Canadian Subjects, and to facilitate the acquisition of property and of the rights accompanying it, by such Individual Members of the said Tribes as shall be found to desire such encouragement and to have deserved it

This 1857 Act started the process of enfranchisement for “deserving Indians”—another practice that was destined to be continued throughout the evolution of the *Indian Act* and to contribute substantial numbers to the ranks of the Non-Status Indians.

législatif de protéger les terres indiennes contre l’empiétement des « Blancs ». Par l’entremise de la définition du terme « Indien », la modification de 1851 empêchait indirectement les « Blancs » de vivre parmi les Indiens, et aux hommes non indiens mariés à des femmes indiennes d’avoir le statut juridique d’« Indien ». D’autre part, la définition du terme « Indien » comprenait [article II] :

II. [...]

Troisièmement. Toutes femmes maintenant légalement mariées, ou qui le seront ci-après à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées; les enfants issus de tels mariages, et leurs descendants.

C’est ainsi que commença l’une des pratiques discriminatoires fondées sur le sexe, qui était destinée à être maintenue tout au long de l’évolution de la *Loi sur les Indiens*, jusqu’à aujourd’hui. Ces pratiques avaient évidemment eu une influence majeure sur la composition du groupe de Canadiens appelés « Indiens non inscrits ».

[92] Quelques années plus tard, le 10 juin 1857, l’*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), ch. 26, contenait un préambule mentionnant que le gouvernement favorisait l’intégration des Indiens, plutôt que la création d’autres exceptions législatives. Le préambule se lisait ainsi :

Préambule.

Considérant qu’il est désirable d’encourager le progrès de la civilisation parmi les tribus sauvages en cette province, et de faire disparaître graduellement toutes distinctions légales qui existent entre eux et les autres sujets canadiens de Sa Majesté, et de donner aux membres individuels de ces tribus qui désiraient rencontrer un pareil encouragement et qui l’auraient mérité [...]

Cette loi de 1857 avait lancé le processus d’émancipation des « Indiens méritants » — une autre pratique qui était destinée à se poursuivre tout au long de l’évolution de la *Loi sur les Indiens* et qui contribuerait à gonfler de manière substantielle le nombre d’Indiens non inscrits.

[93] While these actions of government in the Canadas were setting the legislative course for the future division of Status Indians and other people of Native ancestry, which was later extended to all provinces, events in the vast territory of the Hudson's Bay Company were continuing to recognize another group referred to as "Métis". The term, originally restricted to the offspring of French and Indian parents, later Scottish and Indian parents and predominantly west of Southern Ontario, has gradually been broadened in common usage to include all people of mixed Indian and other ancestry who are not Status Indians but who claim a culture distinction. However, amongst the Native people it still carries a connotation somewhat different than the term Non-Status Indian, and relates principally to the mixed ancestry descendants of the fur trade era who did not become registered as Indians during the treaty making and registration processes.

[94] The cumulative effects over time of these parent-age relations and legislative and administrative events produced, by evolution, a group called Métis and Non-Status Indians. Because of their community of interest as people of Indian ancestry, their grievances against government, and their adverse social and economic circumstances, the group has been able to maintain its identity and form national, provincial and regional associations claiming a potential membership of approximately one million people.

[95] The geographic distribution of these people today strongly reflects their historical origins and social evolution. In Central and Eastern Canada, where Native Euro-Canadian inter-relationships and integrative forces have been operative for a comparatively long time, people of some Native ancestry, other than Status Indians living on reserves, are generally distributed throughout the population. There are some communities, often near reserves, where groups of inter-related

[93] Alors que ces mesures gouvernementales prises dans les deux Canada allaient tracer la voie législative pour la division qui allait s'ensuivre entre les Indiens inscrits et les autres peuples d'origine autochtone, division qui s'était par la suite étendue à l'ensemble des provinces, les événements qui s'étaient produits dans le vaste territoire de la Compagnie de la Baie d'Hudson avaient entraîné le développement d'une autre catégorie de futurs Canadiens, soit les « Métis ». Le terme, qui, initialement, renvoyait seulement aux enfants nés de parents Français et Indiens, puis ensuite aux enfants de parents Écossais et Indiens, qui vivaient surtout à l'ouest du Sud de l'Ontario, s'était graduellement élargi dans l'usage commun, de manière à inclure toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et autre, qui ne sont pas des Indiens inscrits, mais qui prétendent être distinctes d'un point de vue culturel. Cependant, parmi les Autochtones, ce terme a toujours une connotation quelque peu différente de celle du terme Indien non inscrit, et se rapporte principalement aux personnes d'ascendance mixte remontant à l'époque de la traite des fourrures qui n'avaient pas été inscrits à titre d'Indiens au cours des processus de conclusion des traités et d'inscription.

[94] Au fil du temps, les effets cumulatifs de ces réalités généalogiques, législatives et administratives avaient produit, par évolution, une catégorie de Canadiens nommée « Métis et Indiens non inscrits ». En raison de leur communauté d'intérêts en tant que peuple d'ascendance indienne, de leurs doléances à l'endroit du gouvernement ainsi que de leur mauvaise situation socio-économique, le groupe avait été capable de préserver son identité et de former des associations nationales, provinciales et régionales, qui prétendent compter un nombre d'adhérents pouvant possiblement se chiffrer à un million de personnes.

[95] La répartition géographique actuelle de ces peuples reflète fortement leurs origines historiques et leur évolution sociale. Au Centre et à l'Est du Canada, où les interrelations et les forces d'intégration entre les Indiens et les Canadiens d'origine européenne avaient fait leur œuvre pendant une période comparativement longue, les personnes ayant une certaine ascendance indienne, hormis les Indiens inscrits vivant dans les réserves, sont généralement réparties dans l'ensemble de la population.

families of Native ancestry constitute a recognized portion of the community. But throughout the Maritimes, and the southern portions of Ontario and Quebec, there are few communities considered to be primarily Métis or Non-Status Indian in character.

[96] In contrast, throughout the mid-northern region of Canada, and particularly in the vast reaches of the former territory of the Hudson's Bay Company, stretching from Western Quebec to the Rockies, Métis and Non-Status Indians make up a large percentage of the population of many communities. Most of these communities began as fur trading posts and now commonly consist of a mixture of Status Indians living on reserve land, Métis living on adjacent Crown land and a small enclave of "white" public servants and merchants. In the Prairie provinces the Métis communities tend to be concentrated along the agricultural-forest fringe, frequently again in close proximity to Indian reserves. In large measure, this concentration is a reflection of the administration of lands during the homesteading era on the Prairies. These historical influences on the distribution of Native people throughout Canada have been tempered in more recent times by the growing migration to cities.

[97] The present location of Native people in relation to the general population of Canada and the main stream of economic activity has major consequences in terms of their present circumstances and their developmental opportunities. In a Department of Regional Economic Expansion publication of February 10, 1977, entitled *Special ARDA in Relation to the Future Direction of Native Socioeconomic Development*, Canada was divided into four main "socio-economic regimes" for purposes of describing the diversity of current circumstances and opportunities of Native people. The divisions selected were: metropolitan centres; developed rural areas; mid-north and coastal regions; and the arctic region. The differences in social and

Il existe certaines collectivités, souvent près des réserves, où des groupes de familles étroitement liées d'origine indienne constituent une partie intégrante de la collectivité. Par contre, dans l'ensemble des Maritimes ainsi que dans les parties méridionales de l'Ontario et du Québec, il y a peu de collectivités qui sont considérées comme étant principalement métisses ou qui sont principalement composées d'Indiens non inscrits.

[96] En revanche, dans l'ensemble du Moyen-Nord canadien, et particulièrement dans les vastes étendues de l'ancien territoire de la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui s'étendait de l'Ouest du Québec jusqu'aux Rocheuses, les MINI constituent une grande proportion de la population d'un bon nombre de collectivités. La plupart de ces collectivités avaient vu le jour sous la forme de postes de traite de la fourrure, et sont maintenant généralement composées d'un mélange d'Indiens inscrits vivant dans les terres de réserve, de Métis vivant sur des terres de la Couronne adjacentes et d'une petite enclave de fonctionnaires et de commerçants « blancs ». Dans les provinces des Prairies, les collectivités métisses ont tendance à être concentrées en bordure des terres agricoles et forestières, là aussi fréquemment à proximité des réserves indiennes. Dans une large mesure, cette concentration constitue le reflet de l'administration des terres lors de la période de la colonisation dans les Prairies. Ces influences historiques sur la répartition des Autochtones dans l'ensemble du Canada ont été atténuées, plus récemment, par l'augmentation de la migration vers les villes.

[97] L'emplacement actuel des Autochtones, en comparaison avec celui de la population du Canada en général, et la concentration principale de l'activité économique ont d'importantes conséquences sur la situation et les possibilités de perfectionnement des Autochtones à notre époque. Dans la publication du ministère de l'Expansion économique régionale datée du 10 février 1977, intitulée *L'entente spéciale ARDA et l'orientation future du développement socio-économique des autochtones*, le Canada était divisé entre quatre régimes « socio-économiques » dans le but de décrire la diversité des conditions vécues par les Autochtones et des possibilités qui s'offraient à eux, à cette époque-là. Les divisions choisies étaient les suivantes : les centres

economic conditions amongst these “regions” are critical to the formulation of policies and programs aimed at developmental assistance.

[98] The Native population of Canada is young. In recent years, a number of factors have combined to produce a Native population which has a much higher percentage of children and youth than the Canadian population as a whole. It is estimated that 56 percent of the present Native population is under the age of 20. This compares with 36 percent in the total population. In Saskatchewan, where the Native population is estimated at about 12 percent of the total, the proportion of Native people in the school age population is considered to be over 20 percent. This age distribution has major implications for the educational system, future entrants to the labour force and, of course, the design of policies and programs for developmental assistance. (All percentages are approximate.)

[99] The DIAND document of 1980, “Natives and the Constitution—Background and Discussion Paper” (1980 DIAND Paper), was a document which formed part of Cabinet documents and has been reviewed for and considered by the highest level of government. The views expressed represented prevailing views of the highest levels of the bureaucracy and the political structure. The federal position was described (and continues to be):

The federal government has chosen to exercise the authority assigned to it under the BNA Act very narrowly (by its definition of Indian in the Indian Act and policy decisions to provide only very limited direct services to off-reserve Indians). This has created a point of considerable contention.

[100] The provincial position is described as:

Most provinces support the position that Section 91(24) of the BNA Act imposes on the federal government total (financial) responsibility for Indian people — responsibility which, in the provinces’ view, has been increasingly derogated, particularly

métropolitains, les régions rurales développées, le Moyen-Nord et les régions côtières, ainsi que la région de l’Arctique. Les écarts existant, sur le plan socio-économique, entre ces « régions » étaient essentiels pour l’élaboration des politiques et des programmes d’aide au perfectionnement.

[98] La population autochtone du Canada est jeune. Au cours des dernières années, un certain nombre de facteurs ont contribué à faire en sorte que la population autochtone compte une proportion d’enfants et d’adolescents beaucoup plus élevée que la population canadienne dans son ensemble. On estime que 56 p. 100 de l’actuelle population autochtone a moins de 20 ans. En comparaison, ce pourcentage est de 36 p. 100 dans la population totale. En Saskatchewan, où on estime que la population autochtone représente 12 p. 100 de la population totale, on considère que plus de 20 p. 100 de la population d’âge scolaire est Autochtone. Cette répartition des âges a de grandes incidences sur le système d’éducation, sur la composition des futurs membres de la population active et, bien entendu, sur l’élaboration des politiques et des programmes d’aide au perfectionnement. (Tous les pourcentages sont approximatifs.)

[99] Le document de 1980 du MAINC, intitulé « Natives and the Constitution—Background and Discussion Paper », faisait partie des documents du Cabinet et avait été analysé pour les hautes sphères du gouvernement, qui l’avaient ensuite considéré. Les opinions qui y étaient exprimées constituaient les opinions dominantes au sein des échelons les plus élevés de la bureaucratie et de la structure politique. La position du gouvernement fédéral avait été, et est toujours, décrite ainsi :

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral a choisi d’exercer de façon très étroite la compétence qui lui était dévolue au titre de l’AANB (par sa définition du terme « Indien » dans la *Loi sur les Indiens* et par sa politique de n’offrir qu’une quantité limitée de services directs aux Indiens vivant hors réserve). Ce choix a créé un point de désaccord considérable.

[100] La position des provinces était décrite ainsi :

[TRADUCTION] La plupart des provinces soutiennent la thèse selon laquelle le paragraphe 91(24) de l’AANB impose au gouvernement fédéral la totalité de la responsabilité (financière) à l’égard des Autochtones — une responsabilité à

in the off-reserve context. Many of the provinces are of the opinion that the federal government must reassume its “total” constitutional responsibility in this area, and subsequently reimburse them for the cost of providing service to all status Indians.

[101] Although this paper was written as part of the lead up to the repatriation of the Constitution, the respective governmental positions have only changed marginally until the mid-1980s as later described.

[102] It was noted that the provincial position on the future status and responsibilities for Métis and Non-Status Indians was less clear.

[103] What was clear is that the Native community was divided. Status Indians were generally not in favour of any broadening of the *Indian Act* definition and indeed may wish to have it narrowed. However, the Métis and Non-Status Indians would maintain that they are “Indians” within the meaning of the terms of the BNA Act. It was anticipated that in the repatriation negotiations with the Natives, the MNSI would claim that the federal government should assume a greater measure of responsibility for the provision of services to the MNSI. Indeed that happened and the failure of the federal government is part of the problem to which this litigation is directed.

[104] Another problem that the 1980 DIAND Paper highlighted and a central theme of this litigation is that subsection 91(24) can encompass Non-Status and many Métis as well as others:

At present it is clear that the interpretation of the word “Indian” in the BNA Act is broad enough to encompass Inuit, non-status and a good number of Métis, as well as “status Indians”. The apparent anomalies, inconsistencies and discriminatory provisions flow more from difficulties associated with the present enabling legislation (*Indian Act*) definition of “Indian”.

l’égard de laquelle, selon les provinces, le gouvernement fédéral se soustrait de plus en plus, surtout en ce qui a trait au contexte hors réserve. De nombreuses provinces sont d’avis que le gouvernement fédéral doit se remettre à assumer la « totalité » de la responsabilité que lui impose la Constitution à cet égard, et, ultérieurement, les rembourser des frais qu’elles ont dépensés pour fournir des services à l’ensemble des Indiens inscrits.

[101] Bien que ce document ait été rédigé dans le processus ayant mené au rapatriement de la Constitution, les positions respectives des gouvernements ont à peine changé, et ce, jusqu’au milieu des années 1980, comme nous allons le décrire plus loin.

[102] On a relevé que la position des provinces au sujet du statut qui sera accordé aux Métis et aux Indiens non inscrits, ainsi qu’à la responsabilité à l’égard de ces derniers, était moins claire.

[103] La division de la communauté autochtone ne faisait toutefois aucun doute. Les Indiens inscrits n’étaient généralement pas en faveur de l’élargissement de la définition énoncée dans la *Loi sur les Indiens*, et, dans les faits, souhaitaient peut-être le rétrécissement de celle-ci. Cependant, les Métis et les Indiens non inscrits maintenaient qu’ils étaient des « Indiens » au sens de l’AANB. On s’attendait à ce que, lors des négociations avec les Autochtones au sujet du rapatriement, les MINI allaient prétendre que le gouvernement fédéral devait assumer une plus grande part de responsabilité en ce qui a trait à la prestation des services qui leur étaient destinés. C’est effectivement ce qui s’est produit, et l’inaction du gouvernement fédéral constitue une partie du problème sur lequel porte le présent litige.

[104] Un autre problème qui était souligné dans le document du MAINC de 1980 et qui constitue un thème central du présent litige est que le paragraphe 91(24) peut englober les Indiens non inscrits et un bon nombre de Métis, ainsi que d’autres peuples :

[TRADUCTION] À l’heure actuelle, il ne fait aucun doute que l’interprétation du terme « Indien » au sens de l’AANB est assez large pour englober, en plus des « Indiens inscrits », les Inuits, les Indiens non inscrits ainsi qu’un bon nombre de Métis. Les apparentes anomalies, incohérences et dispositions discriminatoires découlent davantage des difficultés liées à la

[105] One of the important feature of this Paper is that it captured themes that ran through the “Modern Era” section of this litigation. It was a precursor of the issues. It can be described as “*plus ça change, plus c’est la même chose*”.

[106] The provincial position has been that the federal government is responsible for the costs of MNSI as they are for Status Indians. Only Alberta has taken a step in recognizing provincial jurisdiction in respect of Métis under the *Metis Settlements Act*. The Supreme Court of Canada has recently affirmed that legislation in *Cunningham*, above.

[107] One of the results of the positions taken by the federal and provincial governments and the “political football—buck passing” practices is that financially MNSI have been deprived of significant funding for their affairs. In 1982–1983, of moneys spent for Natives, 79 percent of federal moneys and 88 percent of provincial moneys went to Status Indians despite the fact that the MNSI population (even with its definitional issues) exceeds the Status Indian population—1995—238 500 Status, 404 200 Non-Status Indians and 191 800 Métis. These figures vary with time and definition but provide a useful order of magnitude to the issues between the Native/Métis communities and the federal government.

[108] As the defendants’ documents reveal and will be addressed more fully in these reasons under “Modern Era”, the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged MNSI. They are deprived of programs, services and intangible benefits recognized by all governments as needed. The MNSI proponents claim that their identity and sense of belonging to their

définition du terme « Indien » prévue dans l’actuelle loi habitante (la *Loi sur les Indiens*).

[105] L’une des caractéristiques importantes de ce document est qu’il cernait des thèmes abordés dans la section « L’époque moderne » du présent litige. Le document était précurseur des questions en litige, et peut être décrit par la maxime « plus ça change, plus c’est la même chose ».

[106] À cet égard, les provinces ont adopté la position selon laquelle le gouvernement fédéral était responsable des dépenses engagées pour les MINI, tout comme il l’était pour celles engagées pour les Indiens inscrits. Seule l’Alberta, dans le *Metis Settlements Act*, a fait un pas vers la reconnaissance de la compétence des provinces à l’égard des Métis. La Cour suprême du Canada a récemment confirmé la validité de cette loi dans l’arrêt *Cunningham*, précité.

[107] L’une des conséquences des positions adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, ainsi que des jeux de « ballons politiques » et de « renvoi de balle », était que les MINI avaient été privés d’une quantité importante d’aide financière pour leurs problèmes. En 1982–1983, parmi les dépenses engagées pour les Autochtones, 79 p. 100 des deniers fédéraux et 88 p. 100 des deniers provinciaux avaient été consacrés aux Indiens inscrits, et ce, en dépit du fait que la population des MINI (malgré les problèmes de définition) excédait celle des Indiens inscrits; en 1995, il y avait 238 500 Indiens inscrits, 404 200 Indiens non inscrits et 191 800 Métis. Ces chiffres varient selon l’époque et la définition, mais donnent un aperçu utile des personnes concernées par les problèmes qui subsistent entre les collectivités autochtones/métisses et le gouvernement fédéral.

[108] Comme le révèlent les documents des défendeurs, et comme nous l’aborderons plus en profondeur dans la partie « L’époque moderne » des présents motifs, les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de MINI. Ces derniers sont privés de programmes, de services et d’avantages non tangibles que tous les

communities is pressured; that they suffer undevelopment as peoples; that they cannot reach their full potential in Canadian society.

[109] The defendants' documents show that the service deficit problem is expected to continue as the MNSI population grows. The adverse impact on the MNSI communities across Canada will also increase.

[110] The resolution of constitutional responsibility has the potential to bring clarity to the respective responsibilities of the different levels of government.

VI. PROBLEM OF DEFINITION

[111] One of the more difficult issues in this matter is the question of what is meant by Non-Status Indians and Métis for purposes of the interpretation of subsection 91(24). There is a clear difference of opinion as to the composition and geographic base within the Métis community. The term "Non-Status Indian" must mean something other than any person not having status under the *Indian Act* as that would cover almost everyone in Canada whether they had Native connections or not.

[112] The defendants appear to suggest in their memorandum of law that the federal government can define for constitutional purposes who is "an Indian" by its own legislation. That proposition would allow the federal government to expand and contract their constitutional jurisdictions over Indians unilaterally.

[113] It is a settled constitutional principle that no level of government can expand its constitutional jurisdiction by actions or legislation: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837. The federal government may wish to limit the number of Indians for which it will grant recognition under the *Indian Act*

gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires. Les défenseurs des MINI prétendent que leur identité et leur sentiment d'appartenance envers leur collectivité sont mis à rude épreuve; que, en tant que peuples, les MINI sont sous-développés, et qu'ils ne peuvent atteindre leur plein potentiel dans la société canadienne.

[109] Les documents des défendeurs démontrent qu'on s'attend à ce que les lacunes dans les services aux MINI perdurent avec la croissance de leur population. Les répercussions sur les collectivités MINI à l'échelle du Canada continueraient aussi de s'accroître.

[110] Le règlement de la question de la responsabilité constitutionnelle est aussi susceptible de clarifier les responsabilités des différents paliers de gouvernement.

VI. LE PROBLÈME DE DÉFINITION

[111] L'une des questions les plus difficiles dans la présente affaire est de savoir ce que l'on entend par Indiens non inscrits et Métis pour les besoins de l'interprétation du paragraphe 91(24). Il existe, au sein de la communauté métisse, une nette divergence d'opinions quant à la composition et la base géographique. Le terme « Indien non inscrit » doit signifier autre chose que toute personne n'ayant pas de statut selon la *Loi sur les Indiens*, car cela engloberait presque tous les habitants du Canada, qu'ils aient ou non des ancêtres Autochtones.

[112] Les défendeurs semblent laisser entendre dans leur mémoire du droit que le gouvernement fédéral peut définir, au moyen d'une loi, qui est un « Indien » au sens de la Constitution. Cette proposition permettrait au gouvernement fédéral d'étendre ou de restreindre sa compétence constitutionnelle à l'égard des Indiens, et ce, de manière unilatérale.

[113] Le fait qu'aucun palier de gouvernement ne peut étendre sa compétence constitutionnelle par des mesures ou par une loi est un principe constitutionnel bien établi : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837. Le gouvernement fédéral peut souhaiter limiter le nombre d'Indiens qu'il

or other legislation but that does not necessarily disqualify such other Indians from being Indians under the Constitution.

[114] The Supreme Court in *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170 (*Canard*) (per Pigeon J.), held that the object of subsection 91(24) is to enable Parliament to make legislation applicable only to Indians as such. However, Beetz J., at page 207, went on to expand the point, recognizing that the section creates a racial classification and refers to a racial group:

The *British North America Act, 1867*, under the authority of which the *Canadian Bill of Rights* was enacted, by using the word “Indians” in s. 91(24), creates a racial classification and refers to a racial group for whom it contemplates the possibility of a special treatment. It does not define the expression “Indian”. This Parliament can do within constitutional limits by using criteria suited to this purpose but among which it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages, in the light of either Indian customs and values which, apparently were not proven in *Lavell*, or of legislative history of which the Court could and did take cognizance.

[115] Some of the situations which created Non-Status Indians were problems recording names during the treaty process and fear of the process itself. The result was that names were not recorded. Another major cause was that many Indians (primarily women) lost status or simply gave it up. Marrying out provisions whereby the Native woman lost her status upon marrying a non-Indian commenced formally about 1851.

A. Non-Status Indians

[116] Non-Status Indians as a group must have two essential qualities by definition: they have no status

reconnaîtra au titre de la *Loi sur les Indiens* ou d’une autre loi, mais cela n’aurait pas nécessairement pour effet d’empêcher les autres Indiens d’être des Indiens au sens de la Constitution.

[114] La Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Pigeon, a statué dans l’arrêt *Procureur général du Canada et al. c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170 (*Canard*), que l’objet du paragraphe 91(24) est d’habiliter le Parlement à faire des lois qui ne s’appliquent qu’aux Indiens comme tel. Cependant, le juge Beetz, à la page 207, a développé ce point, en reconnaissant que la disposition crée une catégorie raciale et vise un groupe racial :

En employant le mot «Indien» dans l’art. 91(24), *l’Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, sous l’empire duquel la *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée, crée une catégorie raciale et il vise un groupe racial pour lequel il envisage la possibilité d’un traitement particulier. Il ne définit pas le terme «Indien», ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces normes, il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes dont apparemment on n’a pas fait la preuve dans *Lavell*, soit de l’historique de la législation dont la cour pouvait prendre connaissance et dont elle a effectivement pris connaissance.

[115] Les problèmes de consignation des noms au cours du processus des traités, ainsi que la crainte du processus en soi, étaient certaines des situations ayant créé la réalité des Indiens non inscrits. Cela avait eu pour résultat que des noms n’avaient pas été consignés. Un autre facteur important était que de nombreux Indiens (surtout des femmes) avaient perdu leur statut ou l’avaient tout simplement abandonné. Les dispositions prévoyant la perte du statut d’Indienne, par lesquelles une femme autochtone perdait son statut si elle épousait un non-Indien, avaient commencé à être introduites de manière officielle vers 1851.

A. Les Indiens non inscrits

[116] Par définition, les Indiens non inscrits doivent avoir collectivement deux attributs essentiels : ne pas

under the *Indian Act* and they are Indians. The name itself suggests the resolution of this point in this litigation.

[117] In the modern era, the difficulty of definition in part has been addressed. As indicated earlier, the government in 1980 defined the core group of MNSI as a group of Native people who maintained a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian status. Their “Indianness” was based on self-identification and group recognition. That group was estimated at between 300 000 and 450 000.

[118] By 1995 the government was able to estimate that the Non-Status Indians constituted 404 200 people (those living south of the 60th parallel).

[119] It is clear that the Non-Status Indians description is based on substantial connection, both subjectively and objectively, to Indian ancestry. Degrees of “blood purity” have generally disappeared as a criterion; as it must in a modern setting. Racial or blood purity laws have a discordance in Canada reflective of other places and times when such blood criterion lead to horrific events (Germany 1933–1945 and South Africa’s apartheid as examples). These are but two examples of why Canadian law does not emphasize this blood/racial purity concept.

[120] In the preparation for Bill C-31, the federal government was further able to identify the number of Non-Status Indians who would be impacted by the legislation.

[121] In *Powley*, above, in identifying who is a “Métis”, the Court did not set out a rigid test or explore the outer limits of the definition but outlined a method of determining the question on an individual basis. This Court will not try, in defining Non-Status Indians, to do more than the Supreme Court did with Métis.

avoir de statut sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et être des Indiens. Le nom même du groupe laisse entrevoir la résolution de ce problème dans le présent litige.

[117] Au cours de l’ère moderne, la difficulté de définition a été réglée en partie. Comme il a été indiqué précédemment, le gouvernement avait défini, en 1980, le groupe de base des MNSI comme étant un groupe d’Autochtones ayant maintenu une forte affinité avec leur patrimoine indien, sans toutefois être des Indiens inscrits. Leur « quiddité indienne » reposait sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe. On avait estimé que ce groupe comptait entre 300 000 et 450 000 personnes.

[118] En 1995, le gouvernement avait été capable d’estimer le nombre d’Indiens non inscrits à 404 200 personnes (ceux vivant au sud du 60^e parallèle).

[119] Il est clair que la description du groupe des Indiens non inscrits repose sur des liens importants, tant sur le plan subjectif que sur le plan objectif, à l’égard de leur ascendance indienne. Comme il se doit dans un contexte moderne, les degrés de « pureté du sang » ont généralement disparu en tant que critère. Au Canada, les lois de pureté de la race ou de pureté du sang rappellent plutôt ce qui s’est produit ailleurs, à d’autres époques, alors que de tels critères de pureté du sang avaient mené à d’horribles événements (à titre d’exemples, l’Allemagne, entre 1933 et 1945, et l’apartheid en Afrique du Sud). Il ne s’agit que de deux exemples démontrant pourquoi le droit canadien ne met pas l’accent sur ce concept de pureté du sang ou de la race.

[120] Au cours de la préparation du projet de loi C-31, le gouvernement fédéral avait de plus été capable de déterminer le nombre d’Indiens non inscrits touchés par la nouvelle législation.

[121] Dans l’arrêt *Powley*, précité, la Cour suprême du Canada n’a pas élaboré de critère rigide pour déterminer qui est un « Métis » et ne s’est pas prononcée sur la portée de la définition, mais elle a exposé une méthode pour trancher la question sur une base individuelle. La présente Cour ne tentera pas, dans sa définition des

[122] The group of people characterized as “Non-Status Indians” are those to whom status could be granted by federal legislation. They would be people who had ancestral connection not necessarily genetic to those considered as “Indians” either in law or fact or any person who self-identifies as an Indian and is accepted as such by the Indian community, or a locally organized community, branch or council of an Indian association or organization with which that person wishes to be associated.

[123] It may well be that there must be a determination on a case-by-case basis for each individual but this general description sufficiently identifies a group of people for whom the issues in this case have meaning.

B. Métis

[124] The term Métis (sometimes the term half-breed is used, pejoratively) has been the subject of debate within the Métis community and elsewhere. There are those, such as the Manitoba Metis Federation, who would limit the definition to those in and around the Red River Settlement and their descendants who are of European and Indian heritage and who followed distinct customs and ways of living.

[125] In the *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)* case (2007 MBQB 293 (CanLII), [2008] 4 W.W.R. 402, aff'd 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, leave to appeal to Supreme Court of Canada granted, 2011 CanLII 6306 [decision now rendered in 2013 SCC 14] (*Manitoba Métis Federation*), dealing with section 32 of the *Manitoba Act, 1870* [33 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 2) [R.S.C., 1985,

Indiens non inscrits, d'en faire plus que ce qu'a fait la Cour suprême à l'égard des Métis.

[122] Le groupe des Indiens non inscrits est composé d'Indiens qui pourraient obtenir un statut en vertu d'une législation fédérale. Les membres de ce groupe sont ceux possédant des liens ancestraux, qui ne sont pas nécessairement génétiques, avec ceux considérés comme des « Indiens » au vu du droit ou des faits, ou toute personne qui s'identifie comme Indien et qui est acceptée comme tel par la communauté indienne, ou par une division, un chapitre ou un conseil local d'une association ou d'une organisation Métis avec laquelle elle désire être associée.

[123] La question de l'appartenance au groupe susmentionné peut nécessiter un examen au cas par cas pour chaque personne; toutefois, cette description générale détermine, de manière suffisante, un groupe de personnes pour lesquelles les questions en litige dans la présente affaire ont un sens.

B. Les Métis

[124] Le mot « Métis » (le terme « *half-breed* » (métis) est employé à l'occasion en anglais, de manière péjorative) a fait l'objet de discussions au sein de la communauté métisse ainsi qu'en d'autres cercles. Certains, comme la Fédération des Métis du Manitoba, restreindraient la portée de la définition à ceux vivant dans la colonie de la Rivière-rouge ou dans les environs et à leurs descendants qui sont d'ascendance européenne et indienne ayant adopté des coutumes et des modes de vie distincts.

[125] Dans l'affaire *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 MBQB 293 (CanLII), confirmée par 2010 MBCA 71 (CanLII), [2010] 12 W.W.R. 599, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, 2011 CanLII 6306 [décision maintenant disponible à 2013 CSC 14] (*Manitoba Métis Federation*), qui portait sur l'article 32 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* [33 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de*

Appendix II, No. 8]] and the grant of 1.4 million acres of land to the children of Métis, it was principally the Red River Settlement Métis who were the subject of the litigation.

[126] However, in *Powley*, above, the Supreme Court was dealing with a Métis from Sault Ste. Marie. In the present case the geographic range of the question of whether Métis are Indians under subsection 91(24) is country-wide. The evidence shows that the term Métis was and is used well outside of Western Canada. Cases involving agreements or provincial laws are not necessarily determinative of the issue.

[127] In *Powley*, above, the Supreme Court did not attempt to define the outer limits of “Métis” but it did provide a method for finding who a Métis is for purposes of section 35. Aside from the *sine qua non* of mixed Aboriginal and non-Aboriginal ancestry, a Métis is a person who:

(a) has some ancestral family connection (not necessarily genetic);

(b) identifies himself or herself as Métis; and

(c) is accepted by the Métis community or a locally organized community branch, chapter or council of a Métis association or organization with which that person wishes to be associated.

[128] As *Powley*, above, was a question of collective right to hunt, the last point was critical. However, there may be individual circumstances where there is no such association, council or organization, but where the individual participates in Métis cultural events or activities which show objectively how that person identifies himself or herself subjectively as a Métis.

1982, n° 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8]] et sur l’octroi de 1,4 million d’acres de terre aux enfants des Métis, le litige concernait principalement les Métis de la colonie de la Rivière-rouge.

[126] Cependant, dans l’arrêt *Powley*, précité, l’examen de la Cour suprême du Canada portait sur un Métis de Sault Ste. Marie. Dans la présente affaire, la portée géographique de la question de savoir si les Métis sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24) s’étend à tout le pays. La preuve démontre que le terme « Métis » était, et est toujours, employé bien au-delà de la région de l’Ouest canadien. Les affaires concernant des accords ou des lois provinciales ne sont pas nécessairement déterminantes pour trancher la question.

[127] Dans l’arrêt *Powley*, précité, la Cour suprême du Canada n’a pas tenté d’établir la portée de la définition de « Métis », mais elle a toutefois fourni une méthode pour déterminer qui est un Métis pour les besoins de l’article 35. Outre la condition indispensable de l’ascendance mixte (autochtone et non autochtone), un Métis est une personne qui :

a) possède certains liens ancestraux familiaux (pas nécessairement génétiques);

b) s’identifie comme Métis;

c) est acceptée par la communauté métisse, ou par une division, un chapitre ou un conseil local d’une association ou d’une organisation Métis avec laquelle cette personne désire être associée.

[128] Puisque l’arrêt *Powley*, précité, portait sur la question d’un droit de chasse collectif, le dernier élément était particulièrement important. Cependant, il pourrait y avoir des cas où une telle association, une telle organisation ou un tel conseil n’existe pas, mais où la personne participe aux activités et aux événements culturels métis, ce qui démontrerait, de manière objective, en quoi cette personne s’identifie subjectivement en tant que Métis.

[129] As the further historical evidence will show, there was no “one size/description fits all” when it comes to examining Métis on a national scale.

[130] However, it is those persons described in paragraph 117 [of these reasons] who are the Métis for purposes of the declaration which the plaintiffs seek.

VII. WITNESSES

[131] In addition to the plaintiffs as witnesses, much of this trial evidence was delivered by experts. I will have more comment on that expert evidence later but it is useful to give some general idea of the type of evidence presented.

A. Ian Cowie (Plaintiffs’ Witness)

[132] Cowie, currently a consultant and a lawyer by training, had held senior federal government positions at DIAND during the modern evidence phase of this case. From 1977–1981 he had been Senior Policy Advisor and later Director—Intergovernmental Affairs. He later became Director General, Corporate Policy and then Assistant Deputy Minister Corporate Policy. He ended his public service career as Deputy Minister of Indian and Native Affairs for the Province of Saskatchewan.

[133] The Corporate Policy group was the policy development and clearing house for DIAND policy. Most of the Native constitutional law work was done at DIAND.

[134] Cowie’s evidence was important because it gave an insider’s view of modern Native rights policy development. He was able to speak with knowledge about a number of government documents admitted in evidence

[129] Comme d’autres éléments de preuve historique le démontreront, il n’y avait pas « d’approche uniforme » concernant l’examen de la situation des Métis à l’échelle nationale.

[130] Cependant, pour les besoins du jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs, les Métis sont les personnes décrites au paragraphe 117 [des présents motifs].

VII. LES TÉMOINS

[131] En plus des témoignages des demandeurs, une grande partie de la preuve présentée au procès a été fournie par des experts. Je formulerai plus tard davantage de commentaires au sujet de cette preuve d’expert, mais il est utile de donner une certaine idée générale du type de preuve qui a été présenté.

A. Ian Cowie (témoin des demandeurs)

[132] M. Cowie, qui est actuellement consultant et qui est un avocat de formation, avait occupé des postes de haut fonctionnaire du gouvernement fédéral au sein du MAINC lors de la période visée par la preuve moderne dans la présente affaire. De 1977 à 1981, il avait été conseiller principal en politiques et, par la suite, directeur, Affaires intergouvernementales. Il était plus tard devenu directeur général, Politiques ministérielles, puis sous-ministre adjoint, Politiques ministérielles. Il avait terminé sa carrière dans la fonction publique comme sous-ministre des Affaires indiennes et autochtones de la Province de la Saskatchewan.

[133] La Division des politiques ministérielles était le forum d’élaboration des politiques ainsi que le centre d’échanges en matière de politiques du MAINC. La plupart des travaux relatifs au droit constitutionnel autochtone avaient été réalisés au sein du MAINC.

[134] Le témoignage de M. Cowie était important, car il donnait le point de vue d’un initié sur l’élaboration des politiques modernes relatives aux droits des Autochtones. Il a pu parler en toute connaissance de cause à propos

including how far up the “decision tree” each was and the degree to which some key documents reflected actual federal policy and legal positions.

[135] While Cowie was cross-examined, the defendants put in no witness to challenge his evidence. The evidence will be referred to later in these reasons. Suffice it to say that the Court found him to be very knowledgeable, very fair and completely credible.

[136] Of the many documents covered, one of the most important was an August 1980 DIAND paper “Natives and The Constitution—Background and Discussion Paper”. The plaintiffs rely on this document as evidence of an admission of jurisdiction by the federal government. In part, that argument relies on such quotes from the paper as these:

In general terms, the federal government does possess the power to legislate theoretically in all domains with respect to Métis and non-status Indians under Section 91(24).

Métis people who come under treaty are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the Indian Act, but are still “Indians” within the meaning of the BNA Act. Métis who have received neither scrip, land, nor treaty benefits still arguably retain the right to aboriginal claims.

Should a person possess “sufficient” racial and social characteristics to be considered a “native person”, that individual will be regarded as an “Indian” within the meaning of the BNA Act. That person is, therefore, within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the Indian Act.

and lastly

At present, it is clear that the interpretation of the word “Indian” in the BNA Act is broad enough to encompass Inuit,

d’un bon nombre de documents du gouvernement qui ont été admis en preuve, y compris de quel niveau de « l’arbre décisionnel » émanait chacun de ces documents et de la mesure dans laquelle certains des documents clés reflétaient les politiques et les positions juridiques concrètes du gouvernement fédéral

[135] Bien que M. Cowie ait été contre-interrogé, les défendeurs n’ont pas convoqué de témoins dans le but de contester son témoignage. On fera référence à ce témoignage plus loin dans les présents motifs. Il suffit de dire que la Cour a conclu qu’il était très bien renseigné, très juste et tout à fait crédible.

[136] Parmi les nombreux documents dont il a traité, l’un des plus importants était un document du MAINC daté d’août 1980 et intitulé « Natives and The Constitution —Background and Discussion Paper ». Les demandeurs se fondent sur ce document à titre de preuve d’une reconnaissance de compétence par le gouvernement fédéral. Cet argument repose, en partie, sur des citations tirées de ce document qui abondent dans ce sens, comme celles-ci :

[TRADUCTION] De façon générale, le gouvernement fédéral, au titre du paragraphe 91(24), possède bel et bien, en théorie, le pouvoir d’adopter des lois dans tous les domaines concernant les Métis et les Indiens non inscrits.

Les Métis visés par un traité sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Ces Métis, qui avaient reçu des certificats ou des terres, sont exclus de l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais sont tout de même des « Indiens » au sens de l’AANB. Les Métis n’ayant pas reçu de certificat ou de terre et ne bénéficiant pas d’avantages issus d’un traité ont vraisemblablement préservé le droit de se prévaloir de revendications autochtones.

Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme « Autochtone », celle-ci sera réputée être « Indien » au sens de l’AANB. Cette personne est donc visée par la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu’elle puisse être exclue de la portée de la *Loi sur les Indiens*.

et enfin,

[TRADUCTION] À l’heure actuelle, il ne fait aucun doute que l’interprétation du terme « Indien » au sens de l’AANB est

non-status and a good number of Métis, as well as “status Indians”. The apparent anomalies, inconsistencies and discriminatory provisions flow more from difficulties associated with the present enabling legislation (*Indian Act*) definition of “Indian”.

Note: “Scrip”: the term used in this context was a form of paper certificate redeemable for land or money at the individual’s choice of 160 or 240 acres or dollars depending on age and status.

The basic premise of scrip was to extinguish the Aboriginal title of Métis in much the way treaties did for First Nations but on an individual basis for Métis rather than the collective basis used for First Nations.

B. John Leslie (Plaintiffs’ Witness)

[137] Leslie had to be called by the plaintiffs because the defendants would not admit that a significant number of government documents were in fact government documents. The defendants’ position was wholly untenable and just a further example of the extent to which the defendants would proceed in attempts to frustrate this litigation.

[138] Leslie has a BA, MA and PhD in History. He had spent 33 years in the federal government primarily at DIAND. At his retirement he was the Manager of the Claims and Historical Research Centre, Special Claims Branch. It was his familiarity with DIAND’s document control system which allowed him to identify that the documents were government documents although he was not personally knowledgeable about the contents of the more than 150 documents which were admitted through him. His role was tantamount to a business records identifier—a process which should have been unnecessary. However, Leslie was able to add context to a number of the exhibits.

[139] The documents introduced by Leslie gave insight into government thinking and policy development.

assez large pour englober, en plus des « Indiens inscrits », les Inuits, les Indiens non inscrits ainsi qu’un bon nombre de Métis. Les apparentes anomalies, incohérences et dispositions discriminatoires découlent davantage des difficultés liées à la définition du terme « Indien » prévue dans l’actuelle loi habilitante (la *Loi sur les Indiens*).

Note : Dans ce contexte, le terme « certificat » désigne une forme de certificat sous forme papier, qui était échangeable, au choix du détenteur, contre une terre de 160 ou de 240 acres, ou contre 160 ou 240 \$, selon l’âge et le statut du détenteur.

La prémisses de base du certificat était d’éteindre le titre indien que les Métis détenaient, comme l’avaient fait les traités à l’égard des Premières nations, et ce, sur une base individuelle, plutôt que sur une base collective, comme cela avait été le cas avec les Premières nations.

B. John Leslie (témoin des demandeurs)

[137] Les demandeurs ont dû appeler M. Leslie à témoigner, parce que les défendeurs ne voulaient pas admettre qu’un nombre important de documents du gouvernement étaient effectivement des documents du gouvernement. La position des défendeurs était totalement insoutenable et ne constituait qu’un autre exemple des gestes que les défendeurs étaient prêts à poser pour compromettre la présente instance.

[138] M. Leslie détient un B.A., une M.A. ainsi qu’un Ph.D. en histoire. Il a passé 33 ans au sein de l’appareil gouvernemental fédéral, principalement au MAINC. À sa retraite, il était directeur de la Direction générale des revendications particulières du Centre de recherche historique et de recherche sur les revendications. Sa familiarité avec le système de contrôle des documents du MAINC lui a permis de confirmer que les documents étaient des documents du gouvernement, malgré le fait qu’il n’avait pas personnellement connaissance du contenu des 150 documents et plus qui ont été admis en preuve par son entremise. Son rôle équivalait à celui d’une personne faisant l’inventaire de documents opérationnels — un processus qui n’aurait pas dû être nécessaire. Cependant, M. Leslie a pu ajouter du contexte à un certain nombre de pièces.

[139] Les documents introduits en preuve par M. Leslie ont donné un aperçu du raisonnement du gouvernement

Among the many interesting documents (some of which will be referred to later in these reasons) is Exhibit P139, a staff paper “A Review of the Data and Information Situation with Recommendations for Improvements” dated August 15, 1980.

[140] That paper, as a precursor to the issue of defining the groups involved in this litigation, contained the following comments:

MNSI are thus defined as a core group of native peoples who maintain a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian Status.

In summary, it is useful to note that notwithstanding the difficulties pertaining to defining MNSI membership, there is, however, general agreement on the estimate of “identifiable core” MNSI population as ranging between 300,000 and 450,000. There are thus more “core” MNSI than the approximately 300,000 Status Indians recognized in the Indian Register as of 1980.

The 1981 Census thus provides a practical means for MNSI people to demonstrate clearly their continuing existence; the 1981 Census will provide a central core to the statistics section of the MNSI database and serve as a basis for shaping future MNSI programming.

[141] A continuing theme running through many of Leslie’s documents is the size of the MNSI core community and the potential program cost increases arising from their inclusion as “Indians”.

[142] The documents introduced by Leslie allow one to trace the shifting policies of the federal government and the different directions taken by one governing political party and another. Despite the change in government, some positions stayed the same. In a December 1985 letter to the Institute for Research on Public Policy, the Minister of Indian Affairs and Northern Development, David Crombie, concluded:

et de l’élaboration des politiques. Parmi les nombreux documents intéressants (auxquels on fera référence plus loin dans les présents motifs), on relève la pièce P139, qui est un document interne intitulé « A Review of the Data and Information Situation with Recommendations for Improvements » et daté du 15 août 1980.

[140] Ce document, qui se voulait précurseur de la question de la définition des groupes concernés par le présent litige, contenait les passages suivants :

[TRADUCTION] Les MINI sont donc définis comme étant un groupe central d’Autochtones qui maintiennent une forte affinité avec leur patrimoine indien, sans toutefois être des Indiens inscrits.

En bref, il est utile de relever que, malgré les difficultés relatives à la définition de l’appartenance à la collectivité des MINI, il existe cependant un consensus au sujet de l’estimation du « noyau identifiable » de la population des MINI, population qui se situerait entre 300 000 et 450 000 personnes. Par conséquent, le « noyau » de la population des MINI est plus élevé que le nombre reconnu dans le Registre des Indiens en date de 1980, soit approximativement 300 000 personnes.

Le recensement de 1981 donne donc aux MINI un outil pratique qui démontre, de façon claire, leur existence continue; le recensement de 1981 constituera un élément essentiel de la partie statistique de la base de données relative aux MINI et servira d’assise pour la conception des programmes dont ils feront l’objet.

[141] Un thème récurrent dans un grand nombre des documents présentés par M. Leslie est la taille du noyau de la collectivité des MINI et la possible augmentation des coûts des programmes qu’occasionnerait l’inclusion des MINI dans la portée du terme « Indiens ».

[142] Les documents introduits en preuve par M. Leslie permettent de retracer l’évolution des politiques du gouvernement fédéral et les différentes orientations adoptées par l’un et l’autre des partis politiques au gouvernement. Malgré les changements de gouvernement, certaines positions sont restées les mêmes. Dans une lettre adressée à l’Institut de recherche en politiques publiques, datée de décembre 1985, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de l’époque, M. David Crombie, a conclu ainsi :

I would also like to clarify an apparent misunderstanding regarding the constitutional recognition of non-status Indians. There is a distinction between “Indian” as defined in the Indian Act and “Indian” as used in section 91(24) of the Constitution Act, 1867. The Indian Act definition refers to those people registered or eligible to be registered under the Indian Act. By definition, non-status people do not fit within this group. It has, however, generally been understood that certain aboriginal people other than status Indians, including the group usually identified as non-status, are covered by the section 91(24) meaning of “Indian”. [Emphasis added.]

[143] The policy dynamic of Bill C-31 is easily traced including the concern that if the Bill were broadened to remove further sexual discrimination in the *Indian Act*, the increase in the number of new “Status Indians” would be unacceptable to the present Indian communities.

[144] The documents introduced through Leslie also threw light on the definitional issues as to who is Métis and who is Non-Status Indian. For example, in 1989 in an internal DIAND document (Exhibit P135), government officials were able to identify the Métis population in 1986 as 117 400 projected to grow to 129 000 in 1990 and the Non-Status Indian population in 1986 was 161 772 but decreasing to 110 390 in 1990 due to the impact of Bill C-31.

[145] Leslie’s evidence was not seriously challenged in cross-examination nor did the defendants put in any witness to challenge Leslie’s evidence. The Court accepts his evidence, particularly as to context and importance of certain documents and takes those documents to say what they mean and mean what they say.

[146] Before turning from the former government employee witnesses to the historical expert witnesses, the Court acknowledges that Keith Johnson, who had

[TRADUCTION] J’aimerais aussi clarifier ce qui semble être un malentendu au sujet de la reconnaissance constitutionnelle des Indiens non inscrits. Il existe une distinction entre « Indien » selon la définition de la *Loi sur les Indiens* et « Indiens » selon le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La définition de la *Loi sur les Indiens* renvoie aux personnes inscrites ou admissibles à être inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les personnes non inscrites, par définition, ne sont pas incluses dans ce groupe. Cependant, il est généralement reconnu que, outre les Indiens inscrits, certains Autochtones, y compris ceux généralement désignés comme étant des Indiens non inscrits, sont inclus dans la portée du terme « Indiens » au sens du paragraphe 91(24). [Non souligné dans l’original.]

[143] Il est facile de déceler que les enjeux de politique soulevés par le projet de loi C-31 comprenaient notamment la préoccupation du fait que l’éventuel élargissement du projet de loi, dans le but d’éliminer davantage de discrimination fondée sur le sexe dans la *Loi sur les Indiens*, aurait occasionné une augmentation du nombre de nouveaux « Indiens inscrits » qui aurait été inacceptable pour les collectivités indiennes existantes.

[144] Les documents introduits en preuve par l’entremise de M. Leslie faisaient aussi ressortir les problèmes de définir qui est un Métis et qui est un Indien non inscrit. Par exemple, en 1989, dans un document interne du MAINC (pièce P135), des fonctionnaires avaient pu établir que la population des Métis en 1986 s’élevait à 117 400 personnes et qu’on prévoyait que ce nombre allait passer à 129 000 en 1990, et que la population des Indiens non inscrits en 1986 était de 161 772 personnes, mais que celle-ci allait descendre à 110 390 personnes en 1990, par suite de l’adoption du projet de loi C-31.

[145] Le témoignage de M. Leslie n’a pas été sérieusement contesté en contre-interrogatoire et les défendeurs n’ont effectivement pas appelé de témoins pour contester ce témoignage. La Cour accepte son témoignage, surtout en ce qui a trait au contexte et à l’importance de certains documents, et considère que ces documents disent ce qu’ils veulent dire et signifient ce qu’ils disent.

[146] Avant de passer des témoignages des anciens employés du gouvernement aux témoignages des experts en histoire, la Cour reconnaît que M. Keith Johnson, qui

worked at Public Archives since 1961 and was familiar with the Sir John A. Macdonald Papers, gave evidence as to that Prime Minister’s handwriting—an interesting sidelight of the overall evidence.

avait travaillé aux Archives publiques du Canada à compter de 1961 et qui était familiarisé avec les documents de sir John A. Macdonald (M. Macdonald), a témoigné au sujet de l’écriture de ce premier ministre — un volet intéressant de l’ensemble de la preuve.

VIII. HISTORICAL EXPERT WITNESSES

VIII. LES TÉMOINS EXPERTS EN HISTOIRE

A. William Wicken (Plaintiffs’ Witness)

A. William Wicken (témoin des demandeurs)

[147] Wicken holds an MA and a PhD in History from McGill University. He is an associate professor of History at York University. He had been qualified as an expert in 14 trials.

[147] M. Wicken détient une M.A. et un Ph.D. en histoire de l’Université McGill. Il est professeur agrégé en histoire à l’Université York. Il a été reconnu comme expert dans 14 procès.

[148] In this matter Wicken was qualified as an expert witness within an area of expertise in government policies towards Canada’s Aboriginal peoples based on historical records with a focus on Eastern and Central Canada (Ontario/Quebec).

[148] Dans la présente affaire, M. Wicken a été reconnu comme témoin expert dans le domaine d’expertise des politiques gouvernementales à l’égard des peuples autochtones du Canada, sur la foi des dossiers historiques, avec un accent particulier sur l’Est et le Centre du Canada (Ontario/Québec).

[149] While Wicken had in-depth knowledge of Aboriginal matters in Atlantic Canada, he had sufficient grounding in Central Canada Aboriginal matters to give helpful evidence on a broader geographical area than the defendants’ comparable witness Stephen Patterson.

[149] Alors que M. Wicken possédait une connaissance approfondie des affaires autochtones sur le territoire du Canada atlantique, il avait des bases suffisantes en ce qui concerne les affaires autochtones dans la région du Centre du Canada pour que son témoignage soit utile à l’égard d’un plus grand territoire géographique que ne l’a été celui de son homologue du côté des défendeurs, M. Stephen Patterson.

[150] I found Wicken to be clear, well prepared, consistent in his evidence and credible. His historical sources tended to be primary and relevant. He was a credible witness whose evidence (where it tended to be opposite to Patterson’s) I generally accepted because it was more relevant to the issue of interpretation before this Court.

[150] J’ai conclu que M. Wicken était bien préparé, cohérent et clair dans son témoignage, et crédible. Ses sources historiques étaient généralement des sources primaires et pertinentes. Il était un témoin crédible, et j’ai, règle générale, accepté son témoignage (lorsque celui-ci allait à l’encontre de celui de M. Patterson) parce qu’il était plus pertinent quant à la question d’interprétation dont était saisie la Cour.

[151] The key points of his evidence:

[151] Voici les éléments clés de son témoignage :

(a) Wicken addressed the issue of the Framers of Confederation’s goals in making “Indians, and Lands reserved for the Indians” a federal responsibility (Framers

a) M. Wicken a abordé la question des buts des Artisans de la Confédération (le terme « Artisans » est employé, dans ce contexte, à titre de synonyme sans distinction de

is used in this context as the gender neutral for the previously common term “Fathers of Confederation”):

(i) to control Aboriginal peoples and communities where necessary to facilitate economic expansion and development of the Dominion;

(ii) to honour the obligations to Aboriginal peoples that the Dominion had inherited from Britain (and through it from the Hudson’s Bay Company) while extinguishing those interests that may impede development;

(iii) to civilize and assimilate Aboriginal peoples and communities.

(b) Wicken was of the view that at the time of Confederation there was significant diversity within Aboriginal populations and communities with more to come with the absorption of Western Canada. There was diversity in colonial Indian administration as well. Therefore, a broad power of control and consistency was needed to address the needs of a developing Dominion.

(c) In the post-Confederation period, the federal government exercised its power over “Indians” broadly in order to meet the above objectives.

B. Stephen Patterson (Defendants’ Witness)

[152] Patterson is a professor emeritus at the University of New Brunswick [UNB], an historian and historical consultant. He holds a BA from UNB, and an MA and PhD in History from the University of Wisconsin.

[153] With one exception he was an historical consultant to both federal and provincial governments. He has been accepted as an expert in 23 cases always appearing

sexé pour le terme « Pères de la Confédération », qui était employé autrefois), lorsque ceux-ci avaient accordé la responsabilité sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » au gouvernement fédéral :

i) exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter la croissance économique et le développement du Dominion;

ii) honorer les obligations que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne (et, par l’entremise de cette dernière, de la Compagnie de la Baie d’Hudson), tout en éteignant les intérêts qui peuvent aller à l’encontre du développement;

iii) civiliser et assimiler les peuples et les collectivités autochtones.

(b) M. Wicken était d’avis que, au moment de la Confédération, il existait une diversité importante au sein des populations et des collectivités autochtones, et que cette diversité allait s’accroître avec l’annexion de l’Ouest du Canada. L’administration coloniale du fait indien était, elle aussi, diversifiée. Par conséquent, un large pouvoir de contrôle ainsi qu’une uniformité étaient nécessaires pour répondre aux besoins d’un Dominion en développement.

(c) Lors de la période suivant la Confédération, le gouvernement fédéral avait exercé son pouvoir sur les « Indiens » de manière large, dans le but de répondre aux objectifs exposés ci-dessus.

B. Stephen Patterson (témoin des défendeurs)

[152] M. Patterson est un professeur émérite à l’Université du Nouveau-Brunswick (l’UNB), un historien et un expert-conseil en histoire. Il détient un B.A. de l’UNB ainsi qu’une M.A. et un Ph.D. de l’Université du Wisconsin.

[153] À une exception près, il a agi à titre d’expert-conseil pour le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Il a été reconnu comme expert dans

on behalf of the Crown. This fact does not justify calling into question either Patterson's integrity or objectivity.

[154] It was evident that Patterson had in-depth knowledge of Maritime Aboriginal history. He was accepted as an expert historian able to give historical evidence on Aboriginal peoples of eastern North America after their contact with the Europeans; the general history of North America; the history of French and British colonization and its impact on Amerindians and especially the Mi'kmaq, Maliseet and Passamaquoddy; and the history of government policy (colonial, provincial, imperial and federal) respecting Natives as it relates to Natives of Eastern Canada with a particular focus on the Natives of Atlantic Canada.

[155] Patterson was clearly well qualified to give his opinion evidence on Aboriginal history in Atlantic Canada. He was a credible, cooperative and well-prepared witness. However, his report was narrowly focused both in time (no post-Confederation history) and geography (restricted to Atlantic Canada). It is in this area of its limitations that Patterson's evidence is less helpful than that of Wicken.

[156] The central point of Patterson's evidence is that, pre-Confederation, in Atlantic Canada, Europeans defined "Indians" as members of indigenous communities or collectives distinguished by common languages and customs, internal governments sufficient for their needs and specific territories that defined their subsistence patterns and their relationship to the land and its resources.

[157] It was his opinion that this identification of "Indians" with communities informed the Maritime delegates to the BNA Act process and influenced their

23 affaires, toujours pour le compte de la Couronne. Ce fait ne justifie pas de remettre en question l'intégrité ou l'objectivité de M. Patterson.

[154] Il était évident que M. Patterson possédait une connaissance approfondie de l'histoire des Autochtones dans la région des Maritimes. Il a été reconnu comme historien expert, capable de donner un témoignage historique au sujet des peuples autochtones de l'est de l'Amérique du Nord après le contact de ces derniers avec les Européens; de l'histoire générale de l'Amérique du Nord; de l'histoire de la colonisation française et britannique et de ses répercussions sur les Amérindiens, particulièrement sur les Mi'kmaq, les Malécites et les Passamaquoddy; et de l'histoire des politiques gouvernementales (coloniales, provinciales, impériales et fédérales) relatives aux Autochtones, en ce qui a trait aux Autochtones de l'Est du Canada, avec une attention particulière sur les Autochtones du Canada atlantique.

[155] M. Patterson était manifestement bien qualifié pour livrer son témoignage d'opinion concernant l'histoire des Autochtones dans la région du Canada atlantique. Il était un témoin crédible, coopératif et bien préparé. Toutefois, l'optique de son rapport était étroite, autant en ce qui a trait à la période visée (rien au sujet de l'histoire de la période suivant la Confédération) qu'à l'espace géographique (limité au Canada atlantique). Le témoignage de M. Patterson est moins utile que celui de M. Wicken en ces domaines.

[156] L'élément central du témoignage de M. Patterson est que, avant la période précédant la Confédération, dans la région du Canada atlantique, les Européens définissaient les « Indiens » comme étant les membres des collectivités ou des groupes indigènes qui se distinguaient par des langues et des coutumes communes, des gouvernements internes qui étaient suffisants pour leurs besoins et des territoires précis qui déterminaient leurs modes de subsistance et leur relation avec la terre et ses ressources.

[157] Il était d'avis que cette manière d'identifier les « Indiens » en tant que collectivités avait influencé les délégués des Maritimes lors du processus d'adoption

acceptance of federal authority over the field of “Indians, and Lands reserved for the Indians”.

[158] Patterson noted that no historically identified mixed blood communities emerged in the period before the effective assertion of European control. Further, neither the French nor the British governments recognized any such community as distinct from either Indian or settler societies.

[159] Patterson saw the adoption of the first *Indian Act* as reflecting the statutes and policies of Atlantic Canada in managing Indian affairs particularly in relying on the Native people to define themselves, where they lived, how many they were and in making treaties and allocating reserves in a manner that reflected their communities.

[160] To the extent that this Atlantic Canada experience influenced Atlantic Canada delegates, its relevance to the issues before the Court is limited. As other witnesses showed, the majority of Atlantic Canada delegates were more interested in the free trade with Central Canada aspect of Confederation than they were in the nation building envisioned by Sir John A. Macdonald.

C. Gwynneth Jones (Plaintiffs’ Witness)

[161] Jones is an independent consultant on Native issues. She holds a BA and MPA from Queen’s University and an MA in History from York University. For 11 years Jones worked for the Native Affairs Branch of the Government of Ontario with particular expertise in Métis and off-reserve Indian issues.

[162] Since 1995 Jones has been a freelance consultant. The breakdown of her consultancy is one-third

de l’AANB et avait influé sur leur acceptation de l’autorité fédérale à l’égard des « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

[158] M. Patterson a relevé qu’aucune collectivité métisse définie historiquement n’était née dans la période précédant l’affirmation effective du contrôle européen. De plus, le Régime français et le Régime britannique n’avaient pas reconnu de telles collectivités comme étant distinctes des sociétés indiennes, ou des sociétés de colons.

[159] M. Patterson était d’avis que l’adoption de la première *Loi sur les Indiens* (dont le nom français officiel était *Acte des Sauvages*) traduisait les lois et les politiques du Canada atlantique en matière de gestion des affaires indiennes, en particulier pour ce qui était de s’en remettre aux Autochtones pour définir leur identité, l’endroit où ils vivaient et leur nombre, ainsi que pour la conclusion de traités et l’allocation de réserves d’une manière reflétant leurs collectivités.

[160] Dans la mesure où cette expérience du Canada atlantique avait eu une influence sur les délégués de cette région, sa pertinence à l’égard des questions dont la Cour est saisie est limitée. Comme l’ont démontré d’autres témoins, la majorité des délégués du Canada atlantique étaient davantage intéressés par les aspects de la Confédération qui concernaient le libre échange avec le Centre du Canada qu’ils ne l’étaient envers la construction de la nation envisagée par M. Macdonald.

C. Gwynneth Jones (témoin des demandeurs)

[161] M^{me} Jones est une experte-conseil indépendante quant aux questions relatives aux Autochtones. Elle détient un B.A. et une M.A.P. de l’Université Queen’s, ainsi qu’une M.A. en histoire de l’Université York. M^{me} Jones a travaillé pendant 11 ans pour la Direction des Affaires autochtones du gouvernement de l’Ontario et elle possède une expertise particulière sur les questions liées aux Métis et aux Indiens hors réserve.

[162] M^{me} Jones est une experte-conseil autonome depuis 1995. Ses services de consultation sont répartis

for the federal government, one-third for provincial government and one-third for Aboriginals (First Nations, Métis and off-reserve Indians). The balance in her portfolio of consultancy reinforced the Court's impression of her as a knowledgeable witness, balanced, fair and objective, independent of even the subtle pressures of being identified with one client or type of client.

[163] Jones has given expert evidence in a number of cases including the highly relevant *Powley*, above, and in this Court in *Montana Band v. Canada*, 2006 FC 261, [2006] 3 C.N.L.R. 70. She was qualified in this present case as an historian having expertise towards Canada's Aboriginal people based on the historical record with a focus on Ontario and Western Canada.

[164] Jones' evidence was particularly helpful because it examined the conduct of the federal government towards Natives and especially Métis along with the shifting policies and their impact. She examined how the federal government used its "Indian" power—Canada's administration of Aboriginal people from just before Confederation with emphasis on the post-Confederation era until approximately the 1930s. Her period of analysis and geographic scope dovetailed well with the evidence of Wicken.

[165] The Court was impressed with the quality of Jones' evidence and puts considerable reliance on it. She was obviously a highly credible witness and her evidence was particularly helpful in determining what was actually done by the federal government particularly in its treatment of Métis or "half-breeds" (as these persons of mixed Indian-European were often called; generally not respectfully).

également entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et les Autochtones (premières nations, Métis et Indiens hors réserve). L'équilibre au sein de la clientèle de ses services de consultation a renforcé l'impression de la Cour selon laquelle elle était un témoin averti et qu'elle était équilibrée, juste et objective, qui était imperméable aux pressions, aussi subtiles soient-elles, d'être identifiée à un client ou à un type de client.

[163] M^{me} Jones a livré un témoignage d'expert dans de nombreuses affaires, y compris dans l'arrêt hautement pertinent *Powley*, précité, ainsi que devant la Cour, dans l'affaire *Bande de Montana c. Canada*, 2006 CF 261. Dans la présente instance, elle a été reconnue comme une historienne ayant une expertise au sujet des peuples autochtones du Canada, sur foi du dossier historique, avec un accent particulier sur l'Ontario et l'Ouest du Canada.

[164] Le témoignage de M^{me} Jones était particulièrement utile, car elle y analysait la conduite du gouvernement fédéral à l'égard des Autochtones, et surtout à l'égard des Métis, de même que l'évolution des politiques et les répercussions de celles-ci. Elle a analysé la manière dont le gouvernement fédéral avait utilisé son pouvoir sur les « Indiens », soit l'administration des peuples autochtones par le Canada, à partir de la période qui précédait immédiatement la Confédération jusqu'aux années 1930 environ, en mettant l'accent sur la période suivant la Confédération. Sa période d'analyse et la portée géographique de son témoignage concordaient bien avec le témoignage de M. Wicken.

[165] La Cour a été impressionnée par la qualité du témoignage de M^{me} Jones et s'appuie de manière considérable sur celui-ci. Elle était manifestement un témoin hautement crédible, et son témoignage a été particulièrement utile pour déterminer les gestes réellement posés par le gouvernement fédéral, particulièrement en ce qui a trait au traitement des Métis, ou des « *half-breeds* » (métis) (tel était le nom souvent donné en anglais, généralement de manière irrespectueuse, aux personnes d'ascendance mixte indienne et européenne).

[166] Her opinion on the rationale for the grant of subsection 91(24) powers to the national government echoed Wicken's. It was a means of furthering the objectives of Confederation; of acquiring, developing and settling the territories of Ontario and Quebec as well as creating a stable and viable British North America entity capable of resisting absorption into the United States. Control over "Indians, and Lands reserved for the Indians" enabled the central government to peacefully extinguish Aboriginal (often called "Indian") title, protect Aboriginal interests and therefore ensure the peaceful environment required for newcomer settlement and westward expansion.

[167] Jones notes that from pre-Confederation until the late 1930s, federal policy evolution established a legal distinction between "Indians" and "half-breeds". The distinction was the product of (i) the status that these Aboriginal people had themselves elected to assume at the time of the treaty/agreement (either fiscal benefit or property scrips); and (ii) the ongoing process of adjustment and reassignment of Aboriginal people to legal categories managed by Canada.

[168] Jones cautioned that Band Lists (often used as historical evidence of "Indian" status) should not be construed as comprehensive or exclusive lists of related or associated individuals or as a census of residency. Band Lists (and later Indian Registers) grew out of Treaty Paylists; not the other way around. Treaty Paylists were the product of *ad hoc* record keeping, fluctuating interpretations of the *Indian Act* and ongoing policy changes dating back to pre-Confederation.

[169] Jones' report covered three related areas:

[166] Son opinion de la justification de l'octroi des pouvoirs prévus au paragraphe 91(24) au gouvernement national abonde dans le sens de celle de M. Wicken. Il s'agissait d'un moyen de favoriser l'atteinte des objectifs de la Confédération, lesquels étaient d'acquérir, de développer et de coloniser les territoires de l'Ontario et du Québec ainsi que de créer, en Amérique du Nord britannique, une entité stable, viable et capable de résister à une annexion aux États-Unis. Le contrôle sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » permettait au gouvernement central d'éteindre les titres autochtones (souvent appelés « titres indiens ») de manière pacifique, de protéger les intérêts des Autochtones et, par conséquent, de garantir l'environnement pacifique nécessaire à l'installation des nouveaux arrivants et à l'expansion vers l'ouest.

[167] M^{me} Jones relève que, entre la période précédant la Confédération jusqu'à la fin des années 1930, les politiques fédérales avaient évolué de manière à établir une distinction juridique entre les « Indiens » et les « métis ». Cette distinction était le résultat, premièrement, du statut que les Autochtones avaient eux-mêmes choisi d'assumer au moment du traité/de l'accord (soit des avantages fiscaux, soit des certificats de propriété) et, deuxièmement, du processus constant d'ajustement des catégories juridiques administrées par le Canada et de réaffectation des Autochtones au sein de ces catégories.

[168] M^{me} Jones a rappelé que les listes de bande (souvent employées en tant que preuve historique du statut « d'Indien ») ne devraient pas être interprétées comme étant des listes exhaustives ou exclusives des personnes liées ou associées, ou comme étant des recensements de résidence. Les listes de bande (et, plus tard, les registres des Indiens) découlent des listes des bénéficiaires, et non le contraire. Les listes des bénéficiaires étaient le produit d'une tenue de dossiers à caractère ponctuel, des interprétations changeantes de la *Loi sur les Indiens* et des changements constants aux politiques, et ce, depuis l'époque précédant la Confédération.

[169] Le rapport de M^{me} Jones couvrait les trois domaines connexes suivants :

(1) the historical context in which Parliament was assigned jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians”;

(2) Canada’s historical policies and practices regarding its designation of Aboriginal people as Indians from 1850 to 1930; and

(3) the development of Treaty Paylists and the identification of “Indians”.

Her conclusion was that Non-Status Indians and Métis were dealt with using the Indian power of subsection 91(24), both as a matter of fact and policy.

D. Sébastien Grammond (Plaintiffs’ Witness)

[170] Dean Grammond is a law professor and Dean of the Civil Law Section of the University of Ottawa. He has studied in the field of law and identity for Indigenous people. He claimed an expertise in the interdisciplinary aspect of law in relation to sociology and anthropology.

[171] There was no question as to Grammond’s qualifications in law, particularly international law. The interdisciplinary aspects are more difficult to quantify and qualify. His report, or at least major parts of it, was challenged partly because they were statements of law and/or submissions.

[172] The Court ruled that certain portions of Grammond’s report had to be redacted but that he was qualified to give opinion evidence as an interdisciplinary legal scholar having expertise on the legal history of government policy towards Canada’s Aboriginal people drawing on sociological and anthropological sources with a focus on the post-war period and the influence of legal norms.

[173] Grammond’s evidence was directed at the development and influence of international and constitutional norms on the exercise of the federal power

1) le contexte historique dans lequel le Parlement s’est vu attribuer la compétence sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens »;

2) les politiques et pratiques historiques du Canada en ce qui concerne sa désignation des Autochtones en tant qu’Indiens de 1850 à 1930;

3) l’élaboration des listes des bénéficiaires et l’identification des « Indiens ».

Elle a conclu que, autant dans les faits qu’en principe, on avait recours à la compétence à l’égard des Indiens prévue au paragraphe 91(24) pour traiter avec les Indiens non inscrits et les Métis.

D. Sébastien Grammond (témoin des demandeurs)

[170] M^e Grammond est professeur de droit et doyen de la Section de droit civil de l’Université d’Ottawa. Il a étudié dans le domaine du droit et de l’identité des peuples autochtones. Il a déclaré posséder une expertise dans les aspects interdisciplinaires du droit touchant la sociologie et l’anthropologie.

[171] Les compétences de M^e Grammond en droit, surtout en droit international, ne font aucun doute. Les aspects interdisciplinaires sont plus difficiles à quantifier et à qualifier. Son rapport, ou du moins de grandes parties de celui-ci, a été contesté, partiellement parce qu’il était constitué d’énoncés de droit et/ou d’observations.

[172] La Cour a jugé que certaines parties du rapport de M^e Grammond devaient être expurgées, mais que ce dernier était qualifié pour donner un témoignage d’opinion à titre de juriste universitaire interdisciplinaire ayant une expertise dans l’histoire juridique des politiques gouvernementales à l’égard des Autochtones du Canada, sur la foi de sources sociologiques et anthropologiques, avec un accent sur la période de l’après-guerre et sur l’influence des normes juridiques.

[173] Le témoignage de M^e Grammond avait pour objet l’élaboration et l’influence des normes constitutionnelles et internationales sur l’exercice du pouvoir

under subsection 91(24) and in the recognition of increasing numbers of people falling within subsection 91(24) as Indians. He predicts that in response to international and domestic pressures, Parliament will expand the exercise of subsection 91(24) jurisdiction over a large number of people.

[174] As interesting as his thesis and prediction may be, Grammond's evidence is directed at what Canadian policy can and should be. The Court is not deciding policy (the purview of the legislature or the executive) but attempting to interpret the Constitution. Policy evidence is useful in determining the historical understanding of words or concepts and to put context around the issue. Future policy issues, as interesting and important as they are, are to be left elsewhere.

E. Alexander von Gernet (Defendants' Witness)

[175] Von Gernet is an adjunct professor of anthropology at the University of Toronto. He has a BA, MA and PhD in Anthropology. His PhD specialization was in Ethnohistory and Archaeology of Aboriginal peoples in North America.

[176] He has been accepted in court as an expert in 25 cases in provincial, state and superior courts as well as in this Court always on behalf of the Crown. He was accepted as an expert qualified to give opinion evidence as an anthropologist and ethnohistorian specializing in the use of archaeological evidence, written documentation and oral traditions to reconstruct past cultures of Aboriginal peoples, as well as the history of contact between Aboriginal peoples and newcomers throughout Canada, and parts of the United States, which history includes the relationship between government policies and Aboriginal peoples.

du gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) et sur la reconnaissance d'un nombre croissant de personnes incluses dans le terme « Indiens » au sens de ce paragraphe. Il prédit que, en réponse aux pressions nationales et internationales, le Parlement étendra l'exercice de son pouvoir prévu au paragraphe 91(24) à un grand nombre de gens.

[174] La thèse et la prédiction formulées par M^e Grammond dans son témoignage, aussi intéressantes soient-elles, portent sur ce que les politiques canadiennes peuvent être et devraient être. La Cour ne tranche pas les questions de politiques (cela relève du domaine du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif), mais tente plutôt d'interpréter la Constitution. La preuve relative aux politiques peut être utile pour déterminer le sens historique des mots et des concepts, ainsi que pour ajouter du contexte au litige. Les enjeux futurs en matière de politiques, aussi intéressants et importants puissent-ils être, doivent être abordés ailleurs.

E. Alexander von Gernet (témoin des défendeurs)

[175] M. von Gernet est un professeur auxiliaire en anthropologie à l'Université de Toronto. Il détient un B.A., une M.A. et un Ph.D. en anthropologie. Son Ph.D. était spécialisé en ethnohistoire et en archéologie des peuples autochtones en Amérique du Nord.

[176] Il a été reconnu comme expert dans 25 affaires devant les cours provinciales, les cours des États et les cours supérieures, ainsi que devant la Cour fédérale, toujours pour le compte de la Couronne. Il a été reconnu comme expert qualifié pour donner un témoignage d'opinion à titre d'anthropologue et d'ethnohistorien spécialisé dans l'usage de la preuve archéologique, des documents écrits et des traditions orales pour reconstituer les anciennes cultures des peuples autochtones, ainsi que l'évolution des relations entre les peuples autochtones et les nouveaux arrivants, y compris la relation entre les politiques gouvernementales et les peuples autochtones, et ce, à l'échelle du Canada et dans certaines parties des États-Unis.

[177] Von Gernet's report was far ranging and delved into areas such as post-Confederation federal policies, which were well beyond his area of expertise. There were three themes to his report:

(1) Half-breeds or Métis would not have been contemplated as falling within the term "Indian" as it appears in subsection 91(24).

(2) The *Manitoba Act, 1870* does not support the view that the seven Framers of the Constitution understood "Indians" to include Métis.

(3) Problems in administering treaties particularly where half-breeds are involved illustrated why the exclusive authority vested in Parliament under subsection 91(24) could not be effectively exercised without passing the *Indian Act* defining who was or was not an Indian.

[178] Von Gernet came at his task of making his report in an unusual way. He would brook no instructions nor work with counsel; he was there to express his opinions. Regrettably, this was evident in that he exhibited little understanding of the case or the issues for the Court; thus he could not be as helpful as one would have hoped.

[179] Von Gernet's evidence suffered from a number of other problems. He relied on a database of documents provided by the defendants which was not current or updated. He relied extensively on secondary sources which became clear when he did not understand the context in which much of that material arose. His conclusions were often based on faulty understanding; for example, the frailties of the 1871 Census as a reliable indicator of "Indian/half-breed" population.

[180] In general, von Gernet's research and conclusions were unoriginal, often reflecting, virtually

[177] Le rapport de M. von Gernet avait une portée considérable et s'aventurait dans certains domaines, comme celui des politiques fédérales suivant la Confédération, qui débordaient nettement de son domaine d'expertise. Son rapport contenait trois thèmes :

1) Les Métis n'auraient pas été perçus comme étant compris dans la portée du terme « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

2) La *Loi de 1870 sur le Manitoba* n'était pas la thèse selon laquelle les sept Artisans de la Constitution considéraient que le terme « Indiens » incluait les Métis.

3) Les problèmes d'administration des traités, surtout dans les cas où des métis étaient concernés, expliquaient pourquoi le pouvoir exclusif dévolu au Parlement par le paragraphe 91(24) ne pouvait être exercé de manière efficace sans adopter l'*Acte des Sauvages* (tel était le nom français officiel de l'*Indian Act* à l'époque), qui définissait qui était un Indien.

[178] M. von Gernet s'est acquitté de sa tâche de faire son rapport de manière inhabituelle. Il ne voulait rien entendre des instructions et ne travaillait pas avec l'avocat; il était là pour exprimer ses opinions. Malheureusement, cela s'est évidemment traduit par une faible compréhension de l'affaire et des questions soumises à la Cour; par conséquent, il ne pouvait pas être aussi utile que ce que l'on aurait pu espérer.

[179] Un certain nombre d'autres problèmes plombaient aussi le témoignage de M. von Gernet. Il s'est fondé sur une base de données documentaire fournie par les défendeurs, qui n'était pas courante ou mise à jour. Il s'est appuyé abondamment sur des sources secondaires, un fait qui est devenu évident lorsqu'il ne pouvait comprendre le contexte dans lequel une grande partie de ces pièces avaient été tirées. Ses conclusions reposaient souvent sur des erreurs de compréhension; à titre d'exemple, les lacunes du Recensement de 1871 en tant qu'indicateur fiable de la population « indienne/métisse ».

[180] En général, les recherches et les conclusions de M. von Gernet n'étaient pas originales et elles reflétaient

regurgitating other people’s work such as that of Thomas Flanagan’s article “The Case Against Métis Aboriginal Rights” (1983), 9 *Can. Pub. Pol’y* 314.

[181] Unfortunately, von Gernet exhibited a shallow understanding of many of the documents he relied upon or was unexplainably selective in his use of evidence. Thus, his evidence stood in sharp contrast to many of the other witnesses on both sides in terms of knowledge, reliability and credibility.

[182] While the Court does not discount all of von Gernet’s evidence, it places considerably less weight on it where it contradicts other experts. His report did not stand up well to the glaring light of cross-examination and provided the Court with much less illumination into the issues in this case.

IX. HISTORICAL EVIDENCE

A. Pre-Confederation Era

[183] Given the nature of this litigation, the Court was presented with over four centuries of history since first contact between European settlers and the Indigenous population in what became Canada. It is not the purpose of this judgment to provide a survey course in Canadian history but to focus on the key events and circumstances relevant to the issue of whether Non-Status Indians and Métis are Indians under subsection 91(24). The pre-Confederation evidence was directed at what the term “Indian” meant at the time and thus likely was the meaning that the Framers of Confederation had in mind when it was inserted into the section 91 powers assigned to the federal government.

souvent, ou reprenaient pratiquement mot à mot, l’œuvre d’autres personnes, comme l’article de M. Thomas Flanagan intitulé « The Case Against Métis Aboriginal Rights » (1983), 9 *Anal. de pol.* 314.

[181] Malheureusement, M. von Gernet a fait preuve d’une compréhension superficielle à l’égard de nombreux documents sur lesquels il se fondait ou a été inexplicablement sélectif dans son usage de la preuve. Par conséquent, son témoignage contrastait fortement avec celui d’un bon nombre des autres témoins des deux côtés en ce qui a trait à la connaissance, à la fiabilité et à la crédibilité.

[182] Bien que la Cour n’écarte pas l’ensemble du témoignage de M. von Gernet, elle lui accorde un poids considérablement moindre dans les cas où son témoignage contredit celui des autres experts. Son rapport n’a pas bien résisté à l’examen en contre-interrogatoire et a fourni beaucoup moins d’éclaircissements à la Cour à l’égard des questions en litige soulevées dans la présente affaire.

IX. LA PREUVE HISTORIQUE

A. L’époque précédant la Confédération

[183] Compte tenu de la nature du présent litige, plus de quatre siècles d’histoire, soit depuis le premier contact entre les colons européens et la population autochtone sur le territoire qui allait devenir le Canada, ont été présentés à la Cour. Le présent jugement ne se veut pas un cours d’introduction à l’histoire canadienne, mais se concentre plutôt sur les circonstances et les événements clés qui sont pertinents quant à la question de savoir si les MINI sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24). La preuve relative à la période précédant la Confédération portait sur la signification du terme « Indiens » à cette époque et, par conséquent, sur ce que les Artisans de la Confédération avaient en tête lorsqu’il fut inséré dans le libellé des pouvoirs conférés au gouvernement fédéral, à l’article 91.

(1) Atlantic Canada

[184] Both parties' experts (particularly the plaintiffs') used the following historical evidence to draw conclusions as to what the delegates from Atlantic Canada understood about the "Indian situation". The plaintiffs particularly relied on these facts (and others) to conclude on what the Framers from Atlantic Canada meant by "Indian" and by extension what other Framers likely meant.

[185] What any individual Framer may have understood and intended is, in the absence of specific historical writing, a substantial bit of speculation and not particularly reliable.

[186] However, the evidence of the situation in each colony or area lends context to determining the meaning and scope of subsection 91(24). The Indian power was an amalgam of colonial power and British government power and responsibility for Natives. It helps in understanding who or what kinds of people fall under the rubric of "Indian" before and up to Confederation and thereafter.

[187] There had been 300 years of European-Indian contact in Atlantic Canada prior to Confederation. At that time of contact the Mi'kmaq were located along the coasts of what is now Nova Scotia and New Brunswick. In addition, the Maliseet and Passamaquoddy were part of a larger aggregation known as the Etchemin whose homeland stretched from the Kennebec River, now in Maine, to the Saint John River in New Brunswick.

[188] Natives of Atlantic Canada were generally organized into small self-governing communities tied

1) Le Canada atlantique

[184] Les experts des deux parties (surtout ceux des demandeurs) ont eu recours à la preuve historique exposée ci-après pour tirer des conclusions au sujet de ce que les délégués du Canada atlantique comprenaient de la [TRADUCTION] « situation indienne ». Les demandeurs se sont particulièrement fondés sur ces faits (ainsi que sur d'autres) pour tirer une proposition au sujet de ce que les Artisans de la Confédération provenant du Canada atlantique entendaient par le terme « Indiens » et, par extension, sur ce que les autres Artisans de la Confédération avaient probablement en tête.

[185] En l'absence d'un écrit historique précis en ce sens, établir ce que peut avoir compris un Artisan de la Confédération en particulier, ou l'intention de celui-ci, nécessiterait une part appréciable de conjectures et ne serait pas particulièrement fiable.

[186] Cependant, la preuve concernant la situation qui avait cours dans chaque colonie et dans chaque territoire fournit du contexte pour déterminer le sens et la portée du paragraphe 91(24). La compétence à l'égard des Indiens constituait un amalgame du pouvoir colonial ainsi que du pouvoir et de la responsabilité du gouvernement britannique relativement aux Autochtones. Cela aide à comprendre qui, ou quel type de personnes, était visé par le terme « Indiens », que ce soit avant la Confédération, dans le processus ayant mené à la Confédération, ou après la Confédération.

[187] Il y a eu 300 ans de relations entre les Européens et les Indiens dans le Canada atlantique avant la Confédération. Au moment du premier contact, les Mi'kmaq étaient installés le long des côtes de ce qui est maintenant la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. De plus, les Malécites et les Passamaquoddy faisaient partie d'un plus grand regroupement, qui était connu sous le nom d'Etchemins, dont le territoire s'étendait de la rivière Kennebec, maintenant située dans l'État du Maine, jusqu'à la rivière Saint-Jean, au Nouveau-Brunswick.

[188] Les Autochtones du Canada atlantique étaient généralement organisés en petites collectivités

by cultural affinity rather than by a centralized leadership. As an example, the Mi'kmaq were organized into at least 12 communities, ranging from 40 to 200 people. Each community had its own territory as a resource base.

[189] Both the French and British tended to accept the Natives' definitions of their communities as they defined themselves. The two European powers also recognized the existence of small government structures adequate for the needs of the particular Native group.

[190] Both Patterson and Wicken focused on Atlantic Canada in their reports, looking at how federal Indian policy shaped the lives of "Indians" in that area.

[191] While Wicken focused on evidence relating to the pre-Confederation experience of Indians themselves, Patterson focused on the post-Confederation observations and reports of government officials. Not surprisingly they arrive at two different conclusions with regards to what the situation in Atlantic Canada reveals about the Framers' broader understanding of the term "Indian".

[192] Patterson opined that the identity of Mi'kmaq, Maliseet and other Aboriginal groups in the area was connected to the communities where they lived. In this respect, the British signed treaties with distinct communities of people in the 18th century. In the 19th century, local colonial Maritime governments continued the tradition of dealing with Natives as distinct communities and sought to respect those communities' collective character. Patterson's focus is on the community or tribal aspect in defining "Indian".

autonomes, liées par leurs affinités culturelles plutôt que par une direction centralisée. À titre d'exemple, les Mi'kmaq étaient organisés en au moins 12 collectivités, qui comptaient chacune de 40 à 200 personnes. Chaque collectivité avait son propre territoire, dont elle se servait comme base de ressources.

[189] Les Français et les Britanniques avaient tendance à accepter la manière dont les Autochtones définissaient leurs collectivités, comme ceux-ci s'auto-définissaient. Les deux puissances européennes avaient aussi reconnu l'existence de petites structures de gouvernance, qui étaient adéquates pour les besoins du groupe autochtone en question.

[190] M. Patterson et M. Wicken ont tous les deux concentré leur attention sur le Canada atlantique dans leurs rapports, en examinant la manière dont la politique fédérale sur les Indiens avait façonné le mode de vie des « Indiens » dans cette région.

[191] Alors que M. Wicken a mis l'accent sur la preuve relative à ce qu'avaient vécu les Indiens au cours de la période précédant la Confédération, M. Patterson s'est concentré sur les observations et les rapports des fonctionnaires du gouvernement au cours de la période suivant la Confédération. Il n'est pas étonnant de constater que les deux experts en sont arrivés à des conclusions différentes à l'égard de ce que la situation du Canada atlantique révélait à propos de la compréhension générale du terme « Indiens » qu'avaient les Artisans de la Confédération.

[192] M. Patterson était d'avis que l'identité des Mi'kmaq, des Malécites et des autres groupes autochtones de la région était liée aux collectivités dans lesquelles ils vivaient. À cet égard, les Britanniques avaient signé des traités avec des collectivités distinctes au cours du 18^e siècle. Au 19^e siècle, les gouvernements locaux coloniaux des Maritimes avaient poursuivi la tradition de traiter les Autochtones comme étant des collectivités distinctes et avaient essayé de respecter le caractère collectif de ces collectivités. M. Patterson a mis l'accent sur l'aspect communautaire, ou tribal, pour définir le terme « Indiens ».

[193] For the reasons already given, the Court generally preferred the evidence of Wicken over Patterson where there was a conflict. Both experts' approaches are reasonable—one seeing matters from the viewpoint of the Native community; the other from the viewpoint of the bureaucrats. However, in understanding what the situation was prior to 1867 and the problems to be addressed by the Framers, Wicken's approach was more useful because it identified behaviour which was of concern.

[194] Wicken's opinion was that the situation of the Mi'kmaq and other Native groups was more complicated and reflected a long history of contact. In his view, the colonial governments dealt with Native people wherever they lived—on- or off-reserve; in communities of people or in smaller household units. Regardless of where they lived, how they lived or their racial complexion, the local governments dealt with them as "Indians" under the government's jurisdiction. When the federal government assumed responsibility for "Indians" in 1867, they continued doing as the local governments had done before.

[195] Patterson looked at the observations made by local and federal officials as recorded in reports made in the late 19th and 20th centuries to conclude that the reports showed a remarkable continuity and confirmation of pre-Confederation community life. These reports discuss how, under federal jurisdiction, the Mi'kmaq and other Native communities engaged in a wide range of economic pursuits both on- and off-reserve (which was a departure from simply practising agriculture on reserves, which had been an old measure of the success of Native groups).

[193] Pour les motifs déjà exposés, la Cour a généralement préféré le témoignage de M. Wicken à celui de M. Patterson lorsqu'il y avait divergence d'opinions. Les approches retenues par les deux experts sont raisonnables — l'un voit les choses du point de vue des collectivités autochtones; l'autre les voit du point de vue des fonctionnaires. Cependant, pour comprendre quelle était la situation avant 1867 et quels étaient les problèmes sur lesquels les Artisans de la Confédération devaient se pencher, l'approche de M. Wicken était plus utile, car elle décelait les comportements qui étaient pertinents.

[194] M. Wicken était d'avis que la situation des Mi'kmaq et des autres groupes autochtones était plus complexe et qu'elle constituait le reflet d'une longue évolution des relations. Selon lui, les gouvernements coloniaux traitaient avec les Autochtones sans égard à l'endroit où ces derniers vivaient — dans la réserve ou hors réserve; au sein de collectivités ou dans de plus petits ménages. Peu importe leur lieu de résidence, leur mode de vie et la teinte de leur peau, les gouvernements locaux les traitaient comme des « Indiens » relevant de leur compétence. Lorsque le gouvernement fédéral avait assumé la responsabilité à l'égard des « Indiens » en 1867, il avait continué de faire ce que les gouvernements locaux faisaient auparavant.

[195] M. Patterson a examiné les observations formulées par les fonctionnaires locaux et fédéraux qui avaient été consignées dans les rapports faits à la fin du 19^e siècle et au 20^e siècle pour conclure que ces rapports témoignaient d'une continuité remarquable, ainsi que d'une confirmation, de la vie communautaire de l'époque précédant la Confédération. Ces rapports discutaient de la manière avec laquelle, alors qu'ils relevaient de la compétence fédérale, les Mi'kmaq et les autres collectivités autochtones s'étaient livrés à un large éventail d'activités économiques, autant dans la réserve que hors réserve (ce qui constituait une rupture par rapport au fait de seulement pratiquer l'agriculture dans les réserves, une recette qui était, depuis longtemps, un gage de succès pour les groupes autochtones).

[196] Patterson's point in making this comment is that whatever the impact of government policy on the lives of Atlantic Canada Natives, those Natives maintained valued aspects of culture and identity in their own way. This "continuity of community" indicates that the federal policy was to protect deeply rooted societies and cultures.

[197] Wicken, on the other hand, looked at the activities and movements of the Mi'kmaq and Maliseet peoples themselves to illuminate the manner in which Indian policy was applied at the local level. He points to evidence that demonstrates that these Native people were pushed inland, often on to reserves that were too small or of such poor quality that families were unable to make their living through farming.

[198] The English and the French established relationships with the Natives and developed Indian policies but in much different ways.

[199] The French's relationship with the Natives was primarily of military alliance, of friendship and respectful co-existence of the respective communities. The relationship with the Natives was not formalized or reduced to writing. It consisted of more informal visits by chiefs, the grant of military honours to the chiefs and gifts of guns, ammunition, clothing and food stuffs.

[200] Although the Natives became dependant on French goods (i.e. metal pots, guns), the Mi'kmaq, Maliseet and Passamaquoddy retained much of their autonomy and freedom of action.

[201] Because of this dependence on trade for European goods, the Natives of the area needed to maintain a relationship with a European power.

[196] L'argument de M. Patterson, en faisant ce commentaire, était que, peu importe les répercussions qu'avaient eues les politiques gouvernementales sur la vie des Autochtones du Canada atlantique, ces derniers avaient préservé, à leur façon, les aspects de leur culture et de leur identité qu'ils chérissaient. Cette « continuité de la vie communautaire » révèle que la politique fédérale consistait à protéger des sociétés et des cultures profondément enracinées.

[197] En revanche, M. Wicken a examiné les activités et les déplacements des Mi'kmaq et des Malécites pour faire la lumière sur la manière dont la politique sur les Indiens était appliquée au niveau local. Il a fait ressortir les éléments de preuve qui démontrent que ces peuples autochtones avaient été poussés à l'intérieur des terres, souvent dans des réserves trop petites ou dont la qualité des terres était si mauvaise que les familles étaient incapables d'assurer leur subsistance au moyen de l'agriculture.

[198] Les Britanniques et les Français avaient établi des relations avec les Autochtones et avaient élaboré des politiques relativement aux Indiens, mais de manière bien différente.

[199] La relation entre les Français et les Autochtones en était surtout une d'alliance militaire ainsi que d'amitié et de cohabitation respectueuse entre les collectivités respectives. Cette relation avec les Autochtones n'avait pas été officialisée ou consignée par écrit. Elle prenait davantage la forme de visites non officielles par les chefs, d'octroi d'honneurs militaires aux chefs ainsi que de cadeaux, sous forme de fusils, de munitions, de vêtements et d'aliments.

[200] Malgré le fait que les Autochtones étaient devenus dépendants des marchandises des Français (à savoir, des contenants en métal et des fusils), les peuples mi'kmaq, malécites et passamaquoddy avaient préservé une grande partie de leur autonomie et de leur liberté d'action.

[201] Puisqu'ils dépendaient du commerce pour se procurer des marchandises européennes, les Autochtones de la région devaient entretenir des relations avec une puissance européenne.

[202] Unlike the French, the British established formal ties with the Mi'kmaq, Maliseet and Passamaquoddy through treaties with the chiefs of tribes and through the policies of colonial governors acting on directives from Britain. Although acting on general directives, the method and implementation was left to the colony. The basic requirement was that any colonial legislation regarding Indians had to be in conformity with the laws of Britain.

[203] From 1725 to 1779 the colonial governors made treaties with the Mi'kmaq, Maliseet and Passamaquoddy. These treaties were made between the chiefs of the various Indian tribes and the governors including chiefs who were of mixed ancestry.

[204] Reciprocal promises made in 1725 and 1726 were part of a scheme to regulate relations between Natives, soldiers and settlers and more importantly to bring Natives under British law.

[205] The British peace and friendship treaties were entered into in recognition of future settlement and expansion as well as to break the strong ties that the tribes had with the French.

[206] After the Seven Years War, the British issued *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1] (1763 Proclamation). It was a seminal document for all of British North America including the Natives of the continent.

[207] In addition to establishing new colonies and dealing with colonial general assemblies, the [1763] Proclamation set out Britain's plan in respect of unorganized and unoccupied land putting a restriction on movement west of the Appalachian Mountains into the North American interior where there were numerous Natives and war or conflict with the settlers would be inevitable.

[202] Contrairement aux Français, les Britanniques avaient établi des liens officiels avec les Mi'kmaq, les Malécites et les Passamaquoddy, au moyen de traités avec les chefs des tribus et par l'entremise des politiques des gouverneurs coloniaux, lesquels agissaient sous les directives générales de la Grande-Bretagne. Toutefois, la méthode employée et la mise en œuvre de cette méthode étaient laissées à la discrétion de la colonie. L'exigence fondamentale était que toute législation coloniale relative aux Indiens devait être conforme aux lois de la Grande-Bretagne.

[203] De 1725 à 1779, les gouverneurs des colonies avaient fait des traités avec les Mi'kmaq, les Malécites et les Passamaquoddy. Ces traités avaient été conclus entre les chefs des diverses tribus indiennes, notamment des chefs d'ascendance mixte, et les gouverneurs.

[204] Les promesses réciproques faites en 1725 et en 1726 s'inscrivaient dans un projet visant à encadrer les relations entre les Autochtones, les soldats et les colons, et, surtout, à assujettir les Autochtones au droit britannique.

[205] Les traités britanniques de paix et d'amitié avaient été conclus en vue de la colonisation et de l'expansion à venir ainsi que pour briser les forts liens que les tribus avaient tissés avec les Français.

[206] Après la guerre de Sept Ans, la Couronne britannique avait émis la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1] (la Proclamation de 1763). Il s'agissait d'un document fondamental pour l'ensemble de l'Amérique du Nord britannique, y compris pour les indigènes du continent.

[207] En plus d'établir de nouvelles colonies et d'aborder la question des assemblées générales coloniales, la Proclamation [de 1763] exposait le plan de la Grande-Bretagne à l'égard des terres non organisées et inoccupées, en imposant une restriction à l'égard des déplacements à l'ouest des Appalaches vers l'intérieur de l'Amérique du Nord, là où il y avait de nombreux Autochtones et où une guerre ou un conflit entre ces derniers et les colons aurait été inévitable.

[208] The 1763 Proclamation affirmed British control and authority over the manner by which Indian lands would be purchased and surrendered. There was a need to address the frauds and other mischief perpetrated on Natives. Britain recognized an obligation to protect Indians and Indian lands.

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. 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 whereas great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; In order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all

[208] La Proclamation de 1763 avait confirmé le contrôle et l'autorité britannique quant à la manière par laquelle les terres indiennes seraient achetées ou cédées. Il était nécessaire de s'attaquer aux actes frauduleux et aux autres méfaits commis à l'endroit des Autochtones. La Grande-Bretagne reconnaissait qu'il lui incombait de protéger les Indiens et les terres indiennes :

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, 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.

[...]

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet

reasonable Cause of Discontent. We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose by the Governor or Commander in Chief of our Colony respectively within which they shall lie;

[209] For Nova Scotia, Britain instructed the governor to permit Euro-Canadian settlement so long as Natives were accommodated. Large tracts of land were given to settlers so long as there was no claim or possession by Natives.

[210] The first reserves were created in Nova Scotia during the 1760s. This was done usually by a licence of occupation which continued a form of trusteeship between Natives and government; a feature that has under various guises continued to the present day.

(a) *Nova Scotia*

[211] The situation of Nova Scotia and the Mi'kmaq in particular was used in evidence as representative of the situation in Atlantic Canada and of the different Natives in each colony.

[212] The Mi'kmaq were originally a fishing people. In the 1780s they moved away from the coast. There is debate as to whether they were pushed inland by white settlers or moved inland for their economic benefit to be able to better trade with the European settlers.

[213] In cases where the land was fertile, non-Native settlers encroached on the land and governments sided with the Euro-Canadian (or predominantly Euro-Canadian) settlers over the Natives on the issue of

de mécontentement, Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages, qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées; [...]

[209] En ce qui concerne la Nouvelle-Écosse, la Grande-Bretagne avait donné instruction au gouverneur de permettre l'établissement des Blancs, dans la mesure où les besoins des Indiens étaient pris en compte. De grands lotissements de terre avaient été donnés aux colons, dans la mesure où ces lotissements n'étaient pas possédés ou revendiqués par des Autochtones.

[210] Les premières réserves de la Nouvelle-Écosse avaient été créées au cours des années 1760. Cela était généralement fait au moyen d'un permis d'occupation, lequel assurait une forme de relation fiduciaire entre les Autochtones et le gouvernement; cette caractéristique a perduré sous divers aspects jusqu'à aujourd'hui.

a) *La Nouvelle-Écosse*

[211] La situation en Nouvelle-Écosse, et en particulier celle des Mi'kmaq, a été utilisée en preuve pour représenter la situation dans le Canada atlantique et celle des différents peuples autochtones dans chaque colonie.

[212] Les Mi'kmaq étaient à l'origine un peuple de pêcheurs. Ils s'étaient éloignés de la côte au cours des années 1780. Il existe un débat quant à la question de savoir s'ils avaient été repoussés vers l'intérieur des terres par les colons blancs ou si leur déplacement s'expliquait par des motifs économiques, en l'occurrence, être en meilleure position pour commercer avec les colons européens.

[213] Dans les endroits où les terres étaient fertiles, les colons non autochtones avaient empiété sur leurs terres, et les gouvernements s'étaient rangés du côté des colons canadiens d'origine européenne (ou

encroachment. The end result was to marginalize Mi'kmaq participation in the Nova Scotia economy causing families to live off-reserve or on- and off-reserve and scattering them across the province.

[214] By 1864 there were about 28 reserves set aside for Mi'kmaq but many were unoccupied. A number of Mi'kmaq left the reserve, camping in various areas within what they considered to be their own territory to fish, trap (in winter) and to gather wood for wood-working goods which they would sell to merchants and farmers.

[215] Many of the Mi'kmaq wandered into Halifax or Sydney or Yarmouth which caused problems with the Euro-Canadian urban population.

[216] Importantly, for this case, most of the Mi'kmaq population by at least 1864 was of mixed blood of varying degrees.

[217] During this timeframe Indian agents compiled census data about Natives living on- and off-reserve but they did not always distinguish those people who inter-married. Sometimes they were identified as "half-breeds", sometimes not; sometimes half-breeds were treated as "Indians", other times not. Even where a half-breed self-identified as an "Indian", he/she might be included in the census as Indian but not necessarily so.

[218] The evidence establishes the diversity of people and degree of Aboriginal connection which fell under the word "Indian".

[219] The Court accepts the thrust of Wicken's evidence that Mi'kmaq were treated as "Indians" at that

principalement canadiens d'origine européenne) au détriment des Autochtones quant à la question de l'empiètement. Cela s'était, en fin de compte, soldé par la marginalisation de la participation des Mi'kmaq à la vie économique de la Nouvelle-Écosse, ce qui avait entraîné les familles à vivre hors réserve, ou à vivre en alternance dans une réserve et hors réserve, ainsi qu'à se disperser aux quatre coins de la province.

[214] En 1864, il y avait environ 28 réserves mises de côté pour les Mi'kmaq, mais beaucoup d'entre elles n'étaient pas occupées. Un certain nombre de Mi'kmaq avaient quitté leur réserve et avaient érigé des campements à divers endroits situés dans ce qu'ils considéraient être leur propre territoire, pour pratiquer la pêche et le piégeage (en hiver) ainsi que pour cueillir du bois allant servir à la confection de biens de menuiserie, qu'ils vendaient aux commerçants et aux agriculteurs.

[215] Un grand nombre de Mi'kmaq s'étaient retrouvés à Halifax, à Sydney ou à Yarmouth, ce qui avait occasionné des problèmes avec la population canadienne d'origine européenne qui vivaient dans ces villes.

[216] Fait important pour les besoins de la présente affaire, en 1864, la majeure partie de la population mi'kmaq était, à des degrés variables, métissée.

[217] Au cours de cette période, les agents des Indiens avaient compilé les données de recensement concernant les Autochtones vivant dans une réserve et hors réserve, mais ne faisaient pas toujours de distinction quant aux personnes qui avaient conclu des mariages mixtes. Ces personnes étaient parfois désignées comme étant des « métis »; les métis étaient parfois considérés comme des « Indiens », mais pas toujours. Même lorsqu'un métis s'identifiait comme étant un « Indien », celui-ci n'était pas nécessairement inscrit en tant qu'Indien dans le recensement.

[218] Il ressort de la preuve que le terme « Indiens » s'entendait d'une variété de personnes et de divers degrés de lien avec l'identité autochtone.

[219] La Cour accepte l'idée du témoignage de M. Wicken, selon laquelle les Mi'kmaq étaient traités

time despite the mixed blood component, and the Mi'kmaq's preference to "wander" (as it was then described) had an impact on the creation of the federal Indian power.

[220] In the 1840s, after authority over Indians transferred from the Governor to the Legislative Assembly, the policy was to assist the Mi'kmaq in becoming self-sufficient and not to rely on government for food and supplies.

[221] The Mi'kmaq who migrated into the cities could not provide for themselves and they had to receive government aid. By the 1850s many of the Nova Scotia Mi'kmaq were suffering from poverty which required the legislature to further allocate funds to purchase supplies for these Mi'kmaq people.

[222] The cost of supplying funds for Mi'kmaq needs was a serious political problem with constant wrangling in the legislature. The potential cost of attempting to "civilize" the Mi'kmaq (to make them more European in outlook, values and education) was significant. Wicken's view was that Nova Scotia could not afford this process. The colony did not have a taxing power and could only raise the money through customs tariffs and the sale of surplus reserve land.

[223] The elimination of this burden was one of the benefits flowing from the creation of the federal power over Indians.

[224] Prior to the Confederation process, Nova Scotia had control over Indians (the Mi'kmaq) and their reserves. The Mi'kmaq included people of mixed ancestry who were treated as Indians. The cost and administrative burden of the Indian population was increasing while the revenue base of the colony (because of new British trade policy) was about to decline.

comme des « Indiens » à cette époque-là, en dépit de l'élément de métissage, et que la propension des Mi'kmaq à « vagabonder » (comme on la décrivait à l'époque) avait eu une incidence sur la création de la compétence fédérale sur les Indiens.

[220] Au cours des années 1840, après que la compétence à l'égard des Indiens avait été transférée du gouverneur à l'Assemblée législative, la politique était d'aider les Mi'kmaq à devenir autosuffisants et à ne plus compter sur le gouvernement pour obtenir de la nourriture et des provisions.

[221] Les Mi'kmaq ayant migré dans les villes ne pouvaient subvenir à leurs besoins et ils devaient recevoir de l'aide gouvernementale. Au cours des années 1850, un grand nombre de Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse vivaient dans la pauvreté, ce qui avait contraint la législature à leur allouer des fonds supplémentaires pour leur permettre d'acheter des provisions.

[222] Les fonds alloués aux Mi'kmaq pour leur permettre de subvenir à leurs besoins constituaient un grave problème politique qui faisait l'objet de querelles constantes au sein de la législature. Tenter de « civiliser » les Mi'kmaq (pour faire en sorte qu'ils soient plus européens en ce qui a trait à leur apparence, à leurs valeurs et à leur éducation) entraînait des coûts potentiels importants. M. Wicken était d'avis que la Nouvelle-Écosse n'avait pas les moyens de recourir à ce processus. La colonie n'avait pas de pouvoir de taxation et pouvait seulement recueillir les fonds au moyen de l'imposition de tarifs douaniers et de la vente de terres de réserve excédentaires.

[223] L'élimination de ce fardeau était l'un des avantages ayant découlé de la création de la compétence fédérale sur les Indiens.

[224] Avant le processus ayant mené à la Confédération, la Nouvelle-Écosse avait compétence sur les Indiens (les Mi'kmaq) et leurs réserves. Les Mi'kmaq comprenaient les gens d'ascendance mixte, lesquels étaient considérés comme des Indiens. Le fardeau financier et administratif que représentait la population indienne s'alourdissait, alors que l'assiette de revenus

de la colonie était sur le point de diminuer (en raison de la nouvelle politique commerciale britannique).

(b) *New Brunswick*

[225] The situation in the New Brunswick colony was much like that of Nova Scotia although the Native groups were the Maliseet and Passamaquoddy. New Brunswick had been part of Nova Scotia until 1784.

[226] Upon the creation of New Brunswick, the same Nova Scotia policies and approach to Native issues was assumed by the New Brunswick government and that government was economically in much the same situation as Nova Scotia.

(c) *Prince Edward Island*

[227] Not much is known about the Mi'kmaq on Prince Edward Island (at least according to the experts who testified) but they were there at the time of Confederation.

[228] Three reserves were established on Prince Edward Island by private action—none had been established by government. These private reserves were ultimately taken over by the federal government. The colony's power over Indians was transferred to the federal government under the 1873 *Prince Edward Island Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12].

(d) *Newfoundland and Labrador*

[229] Although Newfoundland and Labrador did not become part of Canada until 1949, the experiences in that colony became relevant to later discussions of

b) *Le Nouveau-Brunswick*

[225] La situation dans la colonie du Nouveau-Brunswick ressemblait beaucoup à celle de la Nouvelle-Écosse, quoique les groupes autochtones habitant ce territoire étaient les Malécites et les Passamaquoddy. Le Nouveau-Brunswick a fait partie de la Nouvelle-Écosse jusqu'en 1784.

[226] Au moment de la création du Nouveau-Brunswick, le gouvernement de cette colonie avait adopté les mêmes politiques et la même approche que la Nouvelle-Écosse à l'égard des Indiens; ce gouvernement était, d'un point de vue économique, sensiblement dans la même situation que celui de la Nouvelle-Écosse.

c) *L'Île-du-Prince-Édouard*

[227] Peu de choses sont connues à propos des Mi'kmaq de l'Île-du-Prince-Édouard (du moins, selon les experts ayant témoigné), mais ils y étaient présents au moment de la Confédération.

[228] Trois réserves avaient été créées sur l'Île-du-Prince-Édouard par mesure de nature privée — le gouvernement n'en avait créé aucune. Ces réserves privées avaient ultimement été prises en charge par le gouvernement fédéral. La compétence de la colonie sur les Indiens avait été transférée au gouvernement fédéral aux termes des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 12] en 1873.

d) *Terre-Neuve-et-Labrador*

[229] Bien que la province de Terre-Neuve-et-Labrador se soit jointe au Canada seulement en 1949, les expériences vécues dans cette colonie sont devenues

the breadth of the term “Métis” and the use of subsection 91(24) power.

[230] The Indigenous people on the island of Newfoundland, the Beothuk, became extinct before the British colonial regime could establish any relations with them. Although other Native groups such as the Mi’kmaq, Montagnais and Montagnais-Naskapi peoples were on the island after the late 1700s, they were nothing but trading relations with the British.

[231] In Labrador, as found by Justice Fowler in *Labrador Metis Nation v. Newfoundland and Labrador (Minister of Transportation and Works)*, 2006 NLTD 119 (CanLII), 258 Nfld. & P.E.I.R. 257 (*Labrador Metis Nation*), there was a mixing of Europeans and Inuit along the coast resulting in the present day Labrador Métis.

[232] The Labrador Métis did not occupy a single fixed community because they followed a migratory lifestyle dictated by the seasonal presence of animals, fish and plant life. Because their life was also driven by the pursuit of fishing, these Métis had a regional identification of settlement much like that of the Métis in the Upper Great Lakes area (see *Powley*, above, at paragraph 25).

(2) Quebec/Ontario (Upper/Lower Canada)

[233] Both parties in their memoranda of fact and law relied on Wicken’s evidence with respect to general facts covering the period and this area from approximately the Royal Proclamation of 1763 to Confederation, most of which is well known in Canadian history.

[234] The Royal Proclamation of 1763 provided for, among other things, government in Quebec. *The Quebec Act, 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (U.K.) [R.S.C.,

pertinentes pour les discussions qui ont plus tard eu lieu sur la portée du terme « Métis » et de l’usage de la compétence prévue au paragraphe 91(24).

[230] Le peuple indigène de l’île de Terre-Neuve, les Béothuks, s’était éteint avant que le régime colonial britannique eût pu établir des relations avec eux. Bien que d’autres groupes autochtones, comme les Mi’kmaq, les Montagnais et les Montagnais-Naskapi, aient habité l’île après la fin des années 1700, ils n’étaient, pour les Britanniques, que des partenaires commerciaux.

[231] En ce qui concerne le Labrador, comme l’a conclu le juge Fowler dans la décision *Labrador Metis Nation v. Newfoundland and Labrador (Minister of Transportation and Works)*, 2006 NLTD 119 (CanLII), 258 Nfld. & P.E.I.R. 257 (*Labrador Metis Nation*), il y avait eu mélange d’Européens et d’Inuits le long de la côte, ce qui avait engendré ceux connus aujourd’hui comme les Métis du Labrador.

[232] Les Métis du Labrador ne vivaient pas au sein de collectivités fixes, parce qu’ils embrassaient un mode de vie nomade, qui était dicté par la présence saisonnière des animaux, des poissons et de la flore. En raison du fait que leur mode de vie était aussi orienté en fonction de la pêche, ces Métis avaient une perception régionale de l’établissement très similaire à celle des Métis du secteur supérieur des Grands Lacs (voir *Powley*, précité, au paragraphe 25).

2) Le Québec et l’Ontario (Bas-Canada et Haut-Canada)

[233] Dans leur mémoire des faits et du droit, les deux parties se sont fondées sur le témoignage de M. Wicken en ce qui avait trait aux faits généraux, dont la plupart sont bien connus de l’histoire canadienne, qui se sont produits dans cette région au cours de la période allant, approximativement, de la Proclamation [de 1763] jusqu’à la Confédération.

[234] La Proclamation [de 1763] prévoyait notamment un gouvernement au Québec. L’*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, ch. 83 (R.-U.) [L.R.C. (1985),

1985, Appendix II, No. 2] (legislation of the British Parliament) created the Quebec colony which encompassed much of what is now southern Ontario as well as southern Quebec.

[235] In 1774 and continuing towards the end of the century, the Quebec colony had colonial rule but no elected assembly. *The Constitutional Act, 1791*, 31 Geo. III, c. 31 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 3], divided Quebec generally along the Ottawa River into two provinces to become Upper and Lower Canada. That legislation provided for an elected assembly for each of Upper and Lower Canada with a governor general and an executive council but not responsible government.

[236] During this period the elected assemblies of the two colonies were in constant conflict with their executive councils. This led to the armed rebellion of 1837 which resulted in Lord Durham's Report [*Report on the Affairs of British North America*, Toronto: Robert Stanton, 1839] recommending the union of Upper and Lower Canada into one colony, the United Province of Canada with one assembly but two separate legislative councils. *The Union Act, 1840 (An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, 3 & 4 Vict., c. 35 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 4]) put this scheme into effect as of 1841 with an elected assembly of an equal number of representations from Upper and Lower Canada.

[237] In what is now British Columbia, there were two colonies: Vancouver Island created by Imperial statute in 1849 and New Caledonia created by Imperial statute in 1858. Both these colonies were then amalgamated in 1866 [*The British Columbia Act, 1866* (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 67].

[238] By 1867 there were, in British North America, independent colonies in British Columbia, Upper and Lower Canada (the United Province), New Brunswick,

appendice II, n° 2], une loi du Parlement britannique, avait créé la colonie de Québec, qui englobait une grande partie de l'actuel territoire du Sud de l'Ontario ainsi que du Sud du Québec.

[235] En 1774, ainsi que durant les années menant à la fin de ce siècle, la colonie de Québec était dotée d'un régime colonial, mais n'avait pas d'assemblée élue. *L'Acte constitutionnel de 1791*, 31 Geo. III, ch. 31 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 3], avait séparé la colonie, généralement le long de la rivière des Outaouais, en deux provinces, qui étaient devenues le Haut-Canada et le Bas-Canada. Cet acte prévoyait que le Haut-Canada et le Bas-Canada seraient tous deux dotés d'une assemblée élue, d'un gouverneur général et d'un conseil exécutif, mais non d'un gouvernement responsable.

[236] Au cours de cette période, les assemblées élues des deux colonies étaient constamment en conflit avec leurs conseils exécutifs. Cela avait conduit à la rébellion armée de 1837, laquelle avait mené au rapport de lord Durham [*Report on the Affairs of British North America*, Toronto : Robert Stanton, 1839], qui recommandait l'union du Haut-Canada et du Bas-Canada en une seule colonie, la Province unie du Canada, dotée d'une seule assemblée, mais de deux conseils législatifs distincts. *L'Acte d'union, 1840 (Acte pour Réunir les Provinces du Haut et du Bas Canada, et pour le Gouvernement du Canada*, 3 & 4 Vict., ch. 35 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 4]) avait eu pour effet d'instaurer ce régime dès 1841, avec une assemblée élue au sein de laquelle le Haut-Canada et le Bas-Canada comptaient le même nombre de représentants.

[237] Il y avait deux colonies sur le territoire de l'actuelle Colombie-Britannique : à savoir l'Île de Vancouver, constituée par loi impériale en 1849, et la Nouvelle-Calédonie, constituée par loi impériale en 1858. Ces deux colonies avaient ensuite été regroupées en 1866 [*The British Columbia Act, 1866* (R.-U.), 29 & 30 Vict., ch. 67].

[238] En date de 1867, il y avait, en Amérique du Nord britannique, des colonies indépendantes en Colombie-Britannique, dans le Haut-Canada et le

Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland, each with their own experience in dealing with Natives.

[239] Each colony had at least one piece of legislation dealing with Natives.

[240] In what is now known as the Quebec-Windsor corridor, by the mid 1860s, there had been a long period of settlement and interaction between Natives and European settlers. As a result, several reserves had been established in the area and there was extensive intermarriage between Native and non-Native people. The extent of the intermarriage was such that there were few “pure blood” Natives left.

[241] Many of the Natives engaged in farming on reserve land. They owned or had a right to own a plot of land often 25–30 acres in size.

[242] These Natives were integrated into the wage labour economy around them and often beyond just the local area. They might move off the reserve at certain times of the year to fish and hunt but always returned to the reserves.

[243] It was the expert opinion that the Framers of Confederation from the United Province (in particular Sir John A. Macdonald (Macdonald)) would have had extensive knowledge of the Native people in the Quebec-Windsor corridor grounded in a long period of contact which preceded the Royal Proclamation of 1763 and as a result of extensive governmental interaction with the Natives after 1763. These Framers had access to fairly detailed documents including six commission reports on Native matters by various governmental bodies between 1828 and 1859 to which reference will be made later.

Bas-Canada (la Province unie), au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve; ces colonies ayant chacune leur propre expérience à l'égard des Autochtones.

[239] Chaque colonie avait au moins un texte législatif qui portait sur les Autochtones.

[240] Au milieu des 1860, il y avait eu une longue période de colonisation et d'interaction entre les Autochtones et les colons européens dans ce qui est maintenant connu comme le corridor Québec-Windsor. Il s'en était suivi que plusieurs réserves avaient été constituées dans cette région et qu'il y avait eu beaucoup de mariages mixtes entre les Autochtones et les non-Autochtones. Ces mariages étaient si nombreux qu'il ne restait que peu d'Autochtones « de sang pur ».

[241] Un bon nombre d'Autochtones pratiquaient l'agriculture sur les terres de réserve. Ils étaient propriétaires, ou avaient le droit d'être propriétaires, de lots de terre dont la superficie était souvent de 25 à 30 acres.

[242] Ces Autochtones étaient intégrés dans l'économie de travail rémunéré de leur environnement, et souvent au-delà de leur région locale. Ils pouvaient quitter la réserve à certains moments de l'année pour pêcher et chasser, mais ils revenaient toujours dans les réserves.

[243] Selon l'opinion d'experts, les Artisans de la Confédération qui provenaient de la Province unie, surtout sir John A. Macdonald, auraient eu une connaissance approfondie des Autochtones vivant dans le corridor Québec-Windsor, connaissance découlant du long historique de relations depuis l'époque précédant la Proclamation de 1763 ainsi qu'en raison de l'interaction considérable du gouvernement avec les Autochtones après 1763. Ces Artisans de la Confédération avaient accès à des documents relativement détaillés, y compris six rapports de commission concernant les affaires autochtones produits par divers organismes gouvernementaux entre 1828 et 1859, auxquels la Cour fera référence plus loin.

[244] In the area outside the Quebec-Windsor corridor, in the area from Lake Simcoe to Sault Ste. Marie, the principal Native people were Anishinabe. As one moved northward into the Canadian Shield, the land is less sustainable for agriculture and the Anishinabe people spent part of the year on the reserves and part off the reserve hunting and fishing.

[245] The reserves in this particular area were established between 1830 and 1850 as a result of the Royal Proclamation [of 1763] and treaty surrenders.

[246] North of this area through to the north shore of Lake Superior is the area covered by the Robinson-Huron and Robinson-Superior treaties signed in 1850.

[247] Again, the principal people are the Anishinabe who, with the exception of Manitoulin Island, did not live on reserves.

[248] Further north into what is known today as Northern Ontario and Northern Quebec, the land was unsundered land which would be transferred after Confederation.

[249] In this more northerly area, the people tended to live in small nucleated settlements during the summer along river systems or lakes and to migrate inland during the winter months in small hunting bands. These Native groups may comprise from one family up to five families moving over a specific area.

[250] Particularly pertinent to this litigation, the people of this area included those of mixed ancestry usually between Native women and French or English fur traders. These “half-breeds” sometimes lived within the Native communities, sometimes not. Most of these half-breeds “wandered” as did other Natives.

[244] En ce qui a trait au territoire situé à l’extérieur du corridor Québec-Windsor, les Anishinabe étaient le principal peuple autochtone dans la région allant du lac Simcoe jusqu’à Sault Ste. Marie. L’agriculture étant une activité moins viable au fur et à mesure qu’on se dirige vers le nord dans le Bouclier canadien, les Anishinabe passaient une partie de l’année dans les réserves et une autre hors réserve, pour chasser et pêcher.

[245] Les réserves situées dans cette région avaient été établies entre 1830 et 1850, en conséquence de la Proclamation [de 1763] et des cessions découlant des traités.

[246] Les traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur, signés en 1850, couvraient le territoire situé au nord de cette région, jusqu’à la rive nord du lac Supérieur.

[247] Une fois de plus, les Anishinabe étaient le peuple principal, et, à l’exception de ceux installés sur l’île Manitoulin, ne vivaient pas dans des réserves.

[248] Encore plus au nord, les territoires constituant de nos jours le Nord de l’Ontario et le Nord du Québec n’avaient pas été cédés et allaient être transférés après la Confédération.

[249] Dans cette région plus nordique, les gens avaient tendance à vivre dans de petits habitats groupés le long des rivières ou des lacs pendant les mois d’été, et à migrer en petits groupes de chasseurs vers l’intérieur des terres pendant les mois d’hiver. Ces groupes autochtones pouvaient être composés d’une à cinq familles et se déplaçaient sur un territoire précis.

[250] Un fait particulièrement pertinent quant à la présente affaire est qu’on retrouvait, parmi les peuples habitant cette région, des personnes d’ascendance mixte, qui descendaient habituellement de femmes autochtones et de commerçants de fourrures français ou anglais. Ces « métis » vivaient parfois au sein des collectivités autochtones. La plupart de ces métis « vagabondaient », à l’instar d’autres Autochtones.

[251] The Framers (including those who attended the 1864 Charlottetown Conference) would have had limited knowledge of these people and their habits. There was some awareness as a result of the Palliser and Hind expeditions and other reports dealing with the unsettled lands west and north of Upper and Lower Canada.

[252] There is little dispute in the evidence that the Framers expected that these areas would be surrendered by the British Crown after Confederation and would be an area open to settlement, development and expansion where social reform would take place and, consistent with the mores of the time, Natives would be “civilized”.

[253] It was Wicken’s view that:

To do all these things, as I said before, they (the Framers) would need ... as in Nova Scotia, and other areas of the new Dominion, they would need a broad power to deal with these people.

[254] Therefore, the Native situation in Upper and Lower Canada prior to Confederation was multi-layered and complex. The range of activities, lifestyles and composition of the Native people was diverse ranging from near urban communities such as Kahnawake (across from Montréal) to the open spaces of northern Quebec and Ontario; from settled agricultural establishments on reserves with housing and religious institutions which mirrored in some ways non-Native life to semi-nomadic remote circumstances. These more settled areas had their own unique problems which underlined the need to protect the integrity of reserves and the need for a power to define who could and who could not live on reserves. In these areas encroachment and abuse of Natives by Euro-Canadians (many of whom were rogues and scoundrels) was a significant problem.

[251] Les Artisans de la Confédération (y compris ceux qui étaient présents à la Conférence de Charlottetown de 1864) auraient eu une connaissance limitée de ces populations et des habitudes de celles-ci. Il existait toutefois une certaine prise de conscience à leur égard, en raison des expéditions de Palliser et de Hind, ainsi que d’autres rapports qui traitent des territoires non colonisés situés à l’ouest et au nord du Haut-Canada et du Bas-Canada.

[252] Il semble peu contesté, selon la preuve, que les Artisans de la Confédération s’attendaient à ce que ces territoires soient cédés par la Couronne britannique après la Confédération et qu’ils soient ouverts à la colonisation, au développement et à l’expansion, ce qui entraînerait une réforme sociale, et, conformément aux mœurs de l’époque, « civiliserait » les Autochtones.

[253] M. Wicken était d’avis que :

[TRADUCTION] Pour accomplir toutes ces choses, comme je l’ai mentionné auparavant, ils (les Artisans de la Confédération) avaient besoin [...], comme en Nouvelle-Écosse et dans d’autres endroits du nouveau Dominion, avaient besoin d’un vaste pouvoir pour prendre des mesures à l’égard de ces gens.

[254] Par conséquent, la situation des Autochtones dans le Haut-Canada et dans le Bas-Canada avant la Confédération était multidimensionnelle et complexe. Elle se caractérisait par un éventail d’activités, de modes de vie et de compositions des peuples autochtones, allant des collectivités quasi urbaines comme Kahnawake (située en face de Montréal), jusqu’à celles des grands espaces du Nord du Québec et de l’Ontario; des établissements stables où l’on pratiquait l’agriculture dans les réserves, qui étaient dotées de résidences et d’institutions religieuses, lesquelles reflétaient, d’une certaine manière, le mode de vie des non-Autochtones, jusqu’à la situation des semi-nomades vivant dans les régions éloignées. Les régions dans lesquelles la population était plus fixe avaient leurs propres problèmes, qui mettaient en relief la nécessité de protéger l’intégrité des réserves

ainsi que de pouvoir définir qui pouvait vivre dans les réserves et qui ne pouvait pas y vivre. Dans ces régions, l’empiètement par les Canadiens d’origine européenne (nombreux d’entre eux étaient des escrocs et des bandits) et les mauvais traitements qu’ils infligeaient aux Autochtones constituaient un important problème.

[255] Two communities, Kahnawake and Six Nations of the Grand River were described as representative of the issues in Upper and Lower Canada.

[255] Deux collectivités, celle de Kahnawake et celle des Six Nations de la rivière Grand, ont été décrites comme étant représentatives des problèmes qui existaient dans le Haut-Canada et dans le Bas-Canada.

(a) *Kahnawake*

a) *Kahnawake*

[256] This reserve across the St. Lawrence River from west-end Montréal was granted from the Jesuit Fathers in 1667. Well prior to the Quebec Conference in 1864 a situation evolved with having Euro-Canadian men living on the reserve and marrying Mohawk women.

[256] Cette réserve située de l’autre côté du fleuve Saint-Laurent, en face de l’extrémité ouest de Montréal, avait été concédée par les Pères Jésuites en 1667. Bien avant la Conférence de Québec de 1864, des canadiens d’origine européenne vivaient dans la réserve et se mariaient avec les femmes mohawks.

[257] By the late 1840s/early 1850s, there was a set amount of land in the reserve, the Native control over which was jeopardized by “white men” marrying the Native women. As the white men married into the Native community, they demanded access to the land and to the political councils within the reserve.

[257] À la fin des années 1840 et au début des années 1850, le contrôle des Autochtones sur les terres de réserve était mis en danger par les mariages entre les hommes blancs et les femmes autochtones. Lorsque les « hommes blancs » épousaient une personne de la collectivité autochtone, ils demandaient d’avoir accès à la terre et aux conseils politiques dans la réserve.

[258] The government response was to amend the legislation to exclude white men from the reserve by defining them in such a way that ensured that they did not have access to this land and therefore could not enter into the councils of the Kahnawake reserve.

[258] Le gouvernement avait répondu à cette situation en modifiant la législation, de manière à exclure les hommes blancs de la réserve, en les définissant d’une manière qui garantissait qu’ils n’auraient pas accès à ces terres et qui, par conséquent, ne leur permettrait pas d’être admis au sein des conseils de la réserve de Kahnawake.

(b) *Six Nations of the Grand River*

b) *Les Six Nations de la rivière Grand*

[259] The problem in Six Nations was not marrying into the community but that of white squatters living on the Six Nations reserve, particularly in Tuscarora Township.

[259] Le problème dans ce cas-là n’était pas les gens qui épousaient des membres de la collectivité, mais plutôt celui des squatters blancs vivant dans la réserve des Six Nations, surtout dans le canton de Tuscarora.

[260] The Six Nations Council continuously complained to the government who eventually ordered the squatters off the land. In the late 1840s there was violence on the reserve as the government tried to evict the squatters.

(c) *Impact of these Issues*

[261] It was the plaintiffs' position that these and other similar issues and complaints would have impressed on the Framers from Upper and Lower Canada that it was necessary to protect the reserves by means of a statute and that they needed a power so that they could define who could and who could not live on a reserve.

[262] It was Wicken's opinion that those seeking a power in relation to "Indians" would have had in mind that within that power there would be authority over relocation, settlement, assistance, education, economic reform, social reform and "civilization".

[263] Wicken also referred to other documents such as the writings of Father Marcoux, a missionary among the Kahnawake Mohawks, who wrote in respect of half-breeds and "Indians":

... 'there is no difference, their education, which is exactly the same, gives them the same ideas, the same prejudices, and the same character, because they all speak the same tongue.'

Marcoux added that both half-breeds and "Indians" were treated exactly the same before the law and had the same rights.

[264] The half-breeds and "Indians" had the common Mohawk language, the kinship due to extensive inter-marriage, cultural ties through such things as hunting, religion (Roman Catholicism) and longhouse tradition.

[260] Le Conseil des Six Nations se plaignait continuellement auprès du gouvernement, lequel avait ultimement ordonné aux squatters de quitter le territoire. La violence avait éclaté dans la réserve à la fin des années 1840, lorsque le gouvernement avait tenté d'expulser les squatters.

c) *Les répercussions de ces problèmes*

[261] Les demandeurs étaient d'avis que ces questions, ainsi que les autres plaintes et problèmes de même nature, auraient donné l'impression aux Artisans de la Confédération qui provenaient du Haut-Canada et du Bas-Canada qu'il était nécessaire de protéger les réserves au moyen d'une loi, et qu'ils avaient besoin d'être habilités à adopter une telle loi, afin de pouvoir définir qui pouvait vivre dans une réserve et qui ne pouvait y vivre.

[262] M. Wicken était d'avis que ceux qui cherchaient à obtenir la compétence à l'égard des « Indiens » auraient eu en tête que celle-ci comprendrait le pouvoir en matière de réinstallation, de colonisation, d'assistance publique, d'éducation, de réforme sociale et économique et de « civilisation ».

[263] M. Wicken a aussi fait référence à d'autres documents, tels les écrits du père Marcoux, un missionnaire parmi les Mohawks de Kahnawake, qui avait écrit ce qui suit à l'égard des métis et des « Indiens » :

[...] "aucune différence; l'éducation, qui est la même, leur donne absolument les mêmes idées, les mêmes préjugés, et le même caractère, parce qu'ils ne parlent que la même langue."

Le père Marcoux avait ajouté que les métis et les « Indiens » étaient traités de la même manière aux yeux de la loi et qu'ils jouissaient des mêmes droits.

[264] Les métis et les « Indiens » avaient en commun l'usage de la langue mohawk et la tradition de la maison longue, des liens de parenté en raison des mariages entre Blancs et Autochtones ainsi que des liens culturels, par l'entremise, entre autres, de la chasse et de la religion (le catholicisme).

[265] It was Wicken’s opinion that prior to Confederation the term “Indian” was understood, at least by the Framers, to include half-breeds. In coming to that conclusion, in addition to the matters referred to in the preceding paragraphs, Wicken relied on the pre-Confederation Indian statutes or statutes in relation to Indians because “the law in this sense is a reflection of the social reality or deals with problems which legislatures see as existing within society”.

[266] In von Gernet’s opinion, because of the diverse population of people with mixed blood ancestry, the Framers had little interest in half-breeds who lived as “Whites”. It was, in summary, his view that while “Indians” included people of mixed blood, not all people of mixed blood were understood to be “Indians”.

[267] Wicken’s counter to this proposition was that those of mixed blood were often distinguishable by visual markers such as darker hair or darker complexion. A further problem was that while many half-breeds did not want to be identified as “Indians”, they could not overcome the racial stereotyping which existed among “Whites”, particularly those in positions of authority. Such people were marked as “Indian” because of their ties to Natives and ancestry whatever their mode of living may have been.

(3) Pre-Confederation Statutes

[268] Between 1842 and 1867, the British North America colonies passed various statutes relating to Indians. British Columbia had six pieces of legislation; Lower Canada had three; Upper Canada had six; Nova Scotia had nine; New Brunswick had two; Prince Edward Island had one and the Province of Canada had seventeen.

[269] There was no definition of Indian in many of the statutes; many were highly situational. However, examples of the statutes show that legislators were

[265] M. Wicken était d’avis que, avant la Confédération, il était entendu, du moins par les Artisans de la Confédération, que le terme « Indiens » incluait les métis. Pour arriver à cette conclusion, M. Wicken s’est fondé, en plus des questions auxquelles renvoyaient les paragraphes précédents, sur les lois sur les Indiens ou les lois concernant les Indiens qui dataient de l’époque précédant la Confédération, parce que [TRADUCTION] « en ce sens, le droit constitue le reflet de la réalité sociale, ou aborde ce que les législatures estiment être des problèmes existants au sein de la société ».

[266] Selon M. von Gernet, en raison du caractère diversifié de la population d’ascendance mixte, les Artisans de la Confédération avaient peu d’intérêt envers les métis ayant le mode de vie des « Blancs ». En résumé, il était d’avis que, alors que les « Indiens » incluait les gens d’ascendance mixte, ces derniers n’étaient pas tous perçus comme étant des « Indiens ».

[267] M. Wicken a répliqué à cette thèse en affirmant que les personnes métissées étaient reconnaissables par leurs traits, tels qu’une chevelure ou un teint plus foncé. Un autre problème était que, malgré le fait que de nombreux métis ne voulaient pas être identifiés comme étant des « Indiens », ceux-ci ne pouvaient pas surmonter les stéréotypes qui existaient au sein des « Blancs », particulièrement chez les Blancs en position d’autorité. Ils étaient étiquetés comme des « Indiens », peu importe leur mode de vie, en raison du fait qu’ils étaient apparentés aux Autochtones et en raison de leur ascendance.

3) Les lois antérieures à la Confédération

[268] Entre 1842 et 1867, les colonies de l’Amérique du Nord britannique avaient adopté diverses lois concernant les Indiens. La Colombie-Britannique en avait adoptées six; le Bas-Canada, trois; le Haut-Canada, six; la Nouvelle-Écosse, neuf; le Nouveau-Brunswick, deux; l’Île-du-Prince-Édouard, une; la Province du Canada, dix-sept.

[269] Un bon nombre de ces lois ne contenaient pas de définition du terme « Indien »; beaucoup d’entre elles étaient hautement circonstancielles. Cependant, des

attempting to deal with pure blood and mixed blood people, “marrying-in/marrying-out” issues, and off- and on-reserve situations. To that extent these issues continue to the present day.

[270] Regarding the 1850 statute, *An Act for the better protection of the Lands and Property of the Indians in Lower Canada*, Prov. C.S. 1850 (13 & 14 Vict.), c. 42, Wicken was asked (as an historian) whether under this statute one had to be pure blood to be defined as an Indian. It was his understanding that one did not and that that conclusion “reflects what we have seen in the other historical documents before this time period”.

[271] Section V of that statute provided that “Indians” includes all persons intermarried with any such Indians and residing amongst them and their descendants. More specifically, it stated:

V. ...

Thirdly — All persons residing among such Indians, whose parents on either side were or are Indians of such Body or Tribe, or entitled to be considered as such....

would be “Indians”.

[272] For Wicken, this statute and others, as well as writings and documents of the era, establish that “Indians” included half-breeds and that one did not have to live on a reserve or in an Indian community to be an “Indian”.

[273] Wicken, on the basis of this understanding, concluded that the Framers would have intended the word “Indian” in the Constitution and the power which went with it, to be a broad power to be able to deal with the diversity and complexity of the Native population

extraits de ces lois démontrent que les législateurs tentaient de s’occuper des questions liées aux Autochtones de sang pur et aux personnes métissées, de la problématique des mariages conclus entre un Indien et un non Indien, et des situations qui avaient cours dans une réserve ainsi que hors réserve. Dans cette mesure, ces problèmes existent toujours aujourd’hui.

[270] À l’égard de la loi de 1850 intitulée *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1850 (13 & 14 Vict.), ch. 42, on a demandé à M. Wicken (en tant qu’historien) si, au titre de cette loi, une personne devait être de sang pur pour être définie comme étant un Indien. Selon son interprétation, ce n’était pas le cas, et il affirme que cette conclusion [TRADUCTION] « correspond à ce que nous avons vu dans d’autres documents historiques antérieurs à cette époque-là ».

[271] L’article V de cette loi prévoyait que le terme « Indiens » [« Sauvages » dans la Loi] comprend toutes les personnes s’étant mariées avec des Indiens et vivant avec ceux-ci, ainsi que leur descendance. Plus précisément, la loi énonçait que :

V. [...]

Troisièmement. Toutes personnes résidant parmi les sauvages, dont les parents des deux côtés étaient ou sont des sauvages de telle tribu ou peuplade, ou ont droit d’être considérés comme tels [...]

seraient des « Indiens ».

[272] Selon M. Wicken, cette loi, d’autres lois ainsi que d’autres écrits et documents de cette époque établissent que les métis étaient inclus dans la portée du terme « Indiens », et qu’il n’était pas nécessaire qu’un métis vive dans une réserve ou dans une collectivité indienne pour être un « Indien ».

[273] M. Wicken, en se fondant sur cette interprétation, a conclu que les Artisans de la Confédération auraient eu pour intention que le terme « Indiens » au sens de la Constitution, ainsi que la compétence à l’égard de ceux-ci qui y était rattachée, soient interprétés

whatever their percentage mix of blood relationship, their economies, residency or culture.

[274] Both von Gernet and Patterson dispute this understanding and conclusion holding that the Framers would have had no interest in dealing with half-breeds who were not acknowledged as members of a band or who lived as “Whites”. These half-breeds, von Gernet said, would not be viewed as deserving of the advantages afforded to disadvantaged Indians.

[275] It was Jones’ view that the Indian legislation of the 1850s appeared to offer maximum scope for administrative flexibility where Indians were to include intermarried or mixed blood persons who lived as members of a tribe or band and on the reserves of those tribes or bands. However, because so much of “Indian” relations were policy driven, the Framers wanted and needed a broad power to ensure maximum flexibility.

[276] In the Lower Canada Statute—*An Act to repeal in part and to amend an Act, intituled, An Act for the better protection of the Lands and property of the Indians in Lower Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), c. 59 (August 30, 1851)—the colonial government addressed a problem (one which continued into the current era) of “marrying-in”. The problem at issue was white men intermarrying Mohawk women and gaining access to land and political councils (discussed in paragraph 257 [of these reasons] in relation to Kahnawake).

[277] The amendment to the legislation was that women marrying-in are Indians, but men marrying-in are not. And further, the children from the non-Native

largement, pour que l’État fédéral soit capable de composer avec le caractère diversifié et complexe de la population autochtone, sans égard à leur degré de métissage, à leur système économique, à leur lieu de résidence ou à leur culture.

[274] M. von Gernet et M. Patterson contestent cette interprétation et cette conclusion, et ils affirment que les Artisans de la Confédération n’auraient pas eu d’intérêt à s’occuper des métis qui n’étaient pas reconnus comme des membres d’une bande ou qui avaient adopté le mode de vie des Blancs. M. von Gernet a affirmé que ces métis-là n’auraient pas été considérés comme des personnes admissibles aux avantages accordés aux Indiens défavorisés.

[275] M^{me} Jones était d’avis que la législation des années 1850 relative aux Indiens semblait prévoir une marge de manœuvre maximale, qui permettait une souplesse administrative dans les cas où le terme « Indiens » devait comprendre des personnes ayant conclu des mariages mixtes ou des personnes d’ascendance mixte, lesquelles vivaient comme des membres d’une tribu ou d’une bande, dans la réserve de cette tribu ou de cette bande. Cependant, en raison du fait qu’une grande partie des relations avec les « Indiens » était axée sur des considérations de politique, les Artisans de la Confédération voulaient, et avaient besoin, d’un large pouvoir pour assurer la plus grande souplesse possible.

[276] Dans la loi du Bas-Canada intitulée *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. Prov. C. 1851 (14 & 15 Vict.), ch. 59 (30 août 1851), le gouvernement colonial avait abordé le problème (qui s’est perpétué jusqu’à l’époque actuelle) des mariages conclus entre Indiens et non Indiens. Le problème en cause était celui des hommes blancs qui épousaient des femmes mohawks et qui pouvaient avoir accès aux terres et aux conseils politiques (ce problème a été abordé au paragraphe 257 [des présents motifs], relativement à Kahnawake).

[277] Conformément à cette modification législative, les femmes non autochtones qui épousaient des Autochtones d’une réserve étaient des Indiennes, mais

women marrying-in, and their descendants, are Indian. Therefore, these half-breeds were referred to as Indians. There was no requirement for the half-breeds nor for their descendants that they live on a reserve to still be defined as Indians.

[278] It is generally accepted by the experts that in this period of the 1850s, government policy was also moving in the direction of assimilation, civilization and enfranchisement. It was a phenomenon of Indian policy then and well into the 20th century that governments moved from this policy of inclusion (on European society terms) to exclusion (sometimes to foster the unique lifestyle of Native population) and sometimes oscillating between the two ends of the spectrum.

[279] A particular example of this inclusion policy is Macdonald's own statute of June 10, 1857, drafted by him—*An Act to encourage the gradual Civilization of Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), c. 26. This statute applied to what was then known as Canada East and Canada West.

[280] The purpose of the statute was to enact the policy of the Indian department of the United Province of Canada to reform Natives so that they would adopt ideas about private property, correct moral behaviour and would learn to farm properly and otherwise engage in the commercial markets.

[281] The importance of this statute and the policy behind it was that it gave authority over such elements as relocation, settlement, assistance, education, economic and social reform. Arguably the scope of these

les hommes non autochtones faisant de même n'étaient pas des Indiens. De plus, les enfants des femmes non autochtones qui s'étaient mariées avec des Autochtones, ainsi que leurs descendants, étaient des Indiens. Par conséquent, ces métis étaient qualifiés d'Indiens. Il n'était pas nécessaire pour ces derniers, ainsi que pour leurs descendants, de vivre dans une réserve pour continuer d'être définis comme des Indiens.

[278] Les experts ont généralement reconnu qu'au cours de cette période des années 1850, la politique gouvernementale évoluait aussi vers l'assimilation, la « civilisation » et l'émancipation. Il s'agissait d'une réalité de la politique à l'égard des Indiens à cette époque, et ce n'est qu'alors que le 20^e siècle était bien entamé que le gouvernement s'est éloigné de cette politique d'inclusion (selon les termes de la société européenne) pour y préférer une politique d'exclusion (parfois pour promouvoir le mode de vie unique de la population autochtone); parfois, les mesures prises par le gouvernement variaient entre les deux extrémités de ce spectre.

[279] La loi promulguée par M. Macdonald le 10 juin 1857, intitulée *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857 (20 Vict.), ch. 26, qu'il avait lui-même rédigée, constitue un bon exemple de cette politique d'inclusion. Cette loi s'appliquait à ce qui s'appelait alors le Canada-Est et le Canada-Ouest.

[280] L'objectif de cette loi était de mettre en œuvre la politique du département des Affaires indiennes de la Province unie du Canada visant la réforme des Autochtones, de manière à ce que ces derniers s'intéressent à la propriété privée, adoptent des comportements moraux appropriés, apprennent à pratiquer l'agriculture de manière adéquate et participent par ailleurs au commerce.

[281] L'importance de cette loi, ainsi que la politique qui la sous-tendait, s'explique par le fait qu'elle conférait un pouvoir sur des éléments comme la réinstallation, la colonisation, l'assistance publique, l'éducation ainsi

powers would be what was envisaged by Macdonald and others in creating the federal power over Indians.

[282] Within the statute, a half-breed could be defined as an Indian and could live off-reserve or in an Indian community and retain that status.

[283] In the 1859 *An Act respecting Civilization and Enfranchisement of certain Indians*, C.S.C. 1859 (22 Vict.), c. 9, the government enacted a consolidated statute. It provided that (a) mixed blood persons could be “Indians”, and (b) such a person did not have to live on-reserve or in an Indian community.

[284] The six Indian statutes in the Province of Canada passed between 1850 to 1861 were highly situational and at times reflected the differences between Upper and Lower Canada. These statutes covered a multitude of issues from receipt of annuities, shares in reserve land, protection from debt collection to liquor sales and prohibitions.

[285] Any definition of “Indian” was established to suit the purpose of the statute. For example, the requirement to live on-reserve was important for the *An Act respecting Indians and Indian Lands*, C.S.L.C. 1860, c. 14, sections 10–11, which protected “Indian” property on reserve from seizure for debt collection by white merchants. Other statutes had no such residency requirement.

[286] Under the Nova Scotia statute, *Act of Indians*, R.S.N.S. 1859, c. 58, such items as clothing or blankets could be distributed to “Indians” regardless of whether they were of mixed ancestry, lived on- or off-reserve or integrated into Indian communities.

que la réforme sociale et économique. M. Macdonald et les autres Artisans de la Confédération avaient probablement en tête la portée de ces pouvoirs lors de la création de la compétence fédérale sur les Indiens.

[282] Dans cette loi, un métis pouvait avoir le statut d’Indien et pouvait vivre hors réserve ou parmi une collectivité indienne sans perdre son statut.

[283] En 1859, le gouvernement avait édicté une loi refondue intitulée *Acte concernant la civilisation et l’émancipation des Sauvages*, S.C.C. 1859 (22 Vict.), ch. 9. Cette loi prévoyait que les personnes métisses pouvaient être des « Sauvages » et que celles-ci n’avaient pas l’obligation de vivre dans une réserve ou au sein d’une collectivité indienne.

[284] Les six lois relatives aux Indiens adoptées par la Province du Canada entre 1850 et 1861 étaient hautement circonstanciées et, dans certains cas, reflétaient les différences de l’époque entre le Haut-Canada et le Bas-Canada. Ces lois concernaient une multitude de sujets, comme la réception des rentes, les parts dans les terres de réserve, la protection contre le recouvrement de créances, la vente d’alcool et la prohibition de l’alcool.

[285] Toute définition du terme « Indien » était établie d’une manière qui correspondait à l’objectif de la loi. À titre d’exemple, l’exigence de vivre dans une réserve était importante pour les besoins de l’*Acte concernant les Sauvages et les terres des Sauvages*, S.R.B.C. 1860, ch. 14, articles 10 et 11, qui avait pour but de protéger les propriétés indiennes situées dans la réserve contre les saisies effectuées par les marchands blancs à titre de recouvrement de créances. D’autres lois ne contenaient pas une telle exigence de résidence.

[286] Sous le régime de la loi de la Nouvelle-Écosse, intitulée *Act of Indians*, R.S.N.S. 1859, ch. 58, des articles tels que des vêtements ou des couvertures pouvaient être distribués aux « Indiens », sans égard aux questions de savoir s’ils étaient d’ascendance mixte, s’ils vivaient dans la réserve ou hors réserve, ou s’ils étaient intégrés dans les collectivités indiennes.

[287] By the time of the Confederation Debates starting in 1864, the statutory landscape of “Indian” legislation was that those of mixed ancestry were recognized as “Indians”; those of more direct mixed ancestry (half-breeds) were also considered “Indians” for most purposes; that residency on reserve was not necessarily a prerequisite to recognition as an “Indian”. The elements of subjective and objective identification which have been more fully developed in recent case law, was a subtext of the legislative and societal view of who was an “Indian”.

(4) Pre-Confederation Reports re “Indians”

[288] At the time of the Confederation discussions, the Framers had available to them a number of reports regarding the situation with respect to Indians in what became Canada. At least some of these people had knowledge of the Indian situation, i.e. Macdonald was responsible for Indian matters in Upper Canada.

[289] The early reports, such as that of Major General Darling of 1827–1828 identified the tribes of Upper and Lower Canada. In 1829 colonial Indian Affairs moved from military aspects to civil administration under which a chief superintendent was to watch over the interests of all Indian tribes.

[290] By 1845 the focus started to centre on the composition of such tribes. The Bagot Commission was established in 1842 in the Province of Canada to inquire into the application of the annual grants. Resident superintendents (Indian Affairs officers) provided answers to a variety of questions. One aspect of that report is the extent of intermarriage and therefore the extent of mixed ancestry within tribes. There are significant amounts of mixed ancestry in most of the tribes.

[287] Voici le portrait global en ce qui concerne les lois relatives aux Indiens au moment où se sont amorcés les débats sur la Confédération, en 1864 : les personnes d’ascendance mixte étaient reconnues comme étant des « Indiens »; celles dont l’ascendance mixte était plus directe (les métis) étaient aussi, dans la plupart des cas, considérés comme des « Indiens », et le fait de résider dans une réserve n’était pas nécessairement une exigence pour être reconnu comme un « Indien ». Les éléments objectifs et subjectifs de l’identification, qui ont été élaborés de façon plus approfondie dans la jurisprudence récente, étaient implicites dans la manière dont le législateur et la société abordaient la question de savoir qui était un « Indien ».

4) Les rapports sur les Indiens datant de la période précédant la Confédération

[288] Au moment des discussions concernant la Confédération, les Artisans de la Confédération avaient à leur disposition un certain nombre de rapports portant sur la situation des Indiens dans ce qui allait devenir le Canada. Il y avait, à tout le moins, certains Artisans de la Confédération ayant une connaissance de la situation des Indiens, dont M. Macdonald, qui était chargé des Affaires indiennes dans le Haut-Canada.

[289] Les premiers rapports, comme le rapport de 1827–1828 du major-général Darling, avaient identifié les tribus du Haut-Canada et du Bas-Canada. En 1829, les Affaires indiennes de la colonie étaient passées d’une administration militaire à une administration civile, au sein de laquelle un surintendant en chef devait veiller sur les intérêts de l’ensemble des tribus indiennes.

[290] En 1845, l’attention avait commencé à être axée sur la composition de ces tribus. La Commission Bagot avait été mise sur pied dans la Province du Canada en 1842, pour faire enquête sur l’administration des indemnités annuelles. Les surintendants résidents (les fonctionnaires affectés aux Affaires indiennes) avaient fourni des réponses à une variété de questions. L’un des aspects couverts par ce rapport était l’étendue des mariages mixtes, et, par conséquent, la proportion de

[291] The reports of Father Marcoux, the missionary at Kahnawake (then spelt Caughnawaga) to the question “Amongst the Indians under your superintendence what is the proportion of half-breeds” is representative:

If by the word *Métis* you mean those who are half or less than half Indian, they are very numerous. At Sault St. Louis you would not perhaps find ten pure Indians. The annual Presents have a few years ago been unjustly taken from some of those half-breeds, while they have been given to others who have less Indian blood and in other villages no distinction is made

[292] In 1856 the Pennefather Commission was established to address the best means of securing the future progress and civilization of the tribes, and managing Indian property for the benefit of Indians without impeding settlement of the country. The results in the Pennefather Report 1858 was similar to that of Darling with respect to those of mixed blood living with Indian tribes. Pennefather noted that in Lower Canada the Indians were of mixed descent (Euro-Canadian and Native) who continued their work as canoemen and voyageurs of the HBC or as raftsmen and pilots on the St. Lawrence River. Mixed descent was so prevalent that Pennefather observed “as scarcely to reckon a single full blooded individual among their number”.

[293] Palliser was sent to gather information about the environment, the value of land and resources and the feasibility of constructing a railway between Canada and the northwest. He concluded that there were no obstacles to the construction of a railway from the Red River to the eastern base of the Rockies.

[294] The Palliser Report divided the inhabitants of the northwest into Indians, Eskimos, Whites and half-breeds. Whites were described as mostly Orkney and Scots settlers and their descendants at the Red River

personnes d’ascendance mixte au sein des tribus. La plupart des tribus étaient composées d’une quantité considérable de personnes d’ascendance mixte.

[291] À la question libellée « Parmi les Sauvages qui sont sous votre surintendance, quelle est la proportion des métis », le père Marcoux, qui était missionnaire à Kahnawake (à l’époque nommée Caughnawaga), avait donné la réponse suivante, qui était fort représentative :

Si l’on entend par métis ceux qui ont la moitié ou moins de sang Sauvage, ils sont très nombreux. Au Sault St. Louis, on ne trouverait pas peut être dix Sauvages, pur sang. On a, il y a peu d’années, bien injustement retranché les équipemens annuels à quelques uns de ces métis, tandis qu’on les donne à d’autres qui sont moins Sauvages, et que dans les autres villages on ne fait aucune distinction [...]

[292] En 1856, la Commission Pennefather avait été mise sur pied pour se pencher sur la meilleure façon d’assurer le progrès et la civilisation des tribus, ainsi que d’administrer les biens des Indiens pour leur compte, sans nuire à la colonisation du pays. Les conclusions du rapport Pennefather de 1858 étaient similaires à celles du rapport Darling en ce qui a trait aux personnes métisses vivant au sein des tribus indiennes. M. Pennefather avait relevé que, dans le Bas-Canada, les Indiens étaient d’ascendance mixte (canadienne d’origine européenne et Autochtone) et qu’ils avaient continué de travailler comme canotiers et voyageurs pour la CBH, ou comme draveurs et pilotes sur le fleuve Saint-Laurent. Le métissage était si répandu que M. Pennefather avait fait remarquer [TRADUCTION] « qu’il [était] rare de compter une seule personne de sang pur parmi eux ».

[293] M. Palliser avait été envoyé pour cueillir des renseignements au sujet de l’environnement, de la valeur des terres et des ressources et de la possibilité de construire un chemin de fer reliant le Canada et le Nord-Ouest. Il avait conclu qu’il n’y avait pas d’obstacles à la construction d’un chemin de fer entre la rivière Rouge et la base orientale des Rocheuses.

[294] Dans le rapport Palliser, les habitants du Nord-Ouest étaient répartis en catégories, à savoir les Indiens, les Esquimaux, les Blancs et les métis. Les Blancs étaient décrits comme étant principalement des colons

Settlement and half-breeds as offspring of Whites and Natives as well as their descendants.

[295] The Palliser Report and another, the Hind Report of the same era, also on the matter of building a railway, showed the variety of the inhabitants of the northwest and the diverse mix of people with Indian ancestry.

[296] In the 1850s it was well known that the lease to the Hudson's Bay Company (HBC) of that vast territory in the northwest and north (the bulk of present day Canada) was about to expire and that it would not be renewed. The British Parliament established a select committee to report on the HBC to the House.

[297] The Select Committee Report has already played a significant role in Canadian constitution law. That report was one of the principal documents referred to in the Supreme Court of Canada decision in *In Re Eskimo Reference*, above (the Eskimo Reference case discussed more fully later). Both Wicken and von Gernet had their own views on what the Supreme Court of Canada did or did not do. This area of debate is more properly one for the courts to deal with. The Court opined that Eskimos (more properly the Inuit) are "Indians" under subsection 91(24) of the Constitution.

[298] The census information in the Select Committee Report referred to by the Supreme Court of Canada judgment [at page 123] included the following comment:

The estimates referred to are headed "Establishments of the Hudson's Bay Company in 1856 and number of Indians frequenting them." After a long list of the names of the posts and localities and of the number of Indians frequenting each post is appended the following:

Add Whites and half breeds in Hudson's Bay Territory, not included	6,000
--	-------

orcadiens et écossais, ainsi que leurs descendants, vivant dans la colonie de la Rivière-rouge; les métis quant à eux étaient décrits comme étant les enfants de Blancs et d'Autochtones, ainsi que leurs descendants.

[295] Le rapport Palliser ainsi qu'un autre rapport datant de la même époque, le rapport Hind, lequel portait aussi sur la question de la construction d'un chemin de fer, démontraient que les habitants du Nord-Ouest étaient de diverses origines et que les personnes d'ascendance indienne n'étaient pas un groupe homogène.

[296] Dans les années 1850, il était de notoriété publique que le bail consenti à la CBH sur ce vaste territoire du Nord-Ouest et du Nord (qui constitue la majeure partie du Canada actuel) était sur le point d'expirer et qu'il ne serait pas renouvelé. Le Parlement britannique avait mis sur pied un comité spécial pour présenter un rapport sur la CBH à la Chambre.

[297] Le rapport du comité spécial a déjà joué un rôle significatif dans l'élaboration du droit constitutionnel canadien. Ce rapport était l'un des principaux documents auxquels la Cour suprême du Canada a fait référence dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité (qui sera abordé plus en détail plus tard). M. Wicken et M. von Gernet avaient chacun leur propre avis au sujet de ce que la Cour suprême du Canada avait fait ou n'avait pas fait. Il revient plutôt aux tribunaux de trancher cette question. La Cour suprême du Canada était d'avis que les Esquimaux (ou, pour employer un terme plus approprié, les Inuits) était des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[298] Les données de recensement contenues dans le rapport du comité spécial auxquelles avait fait référence la Cour suprême du Canada dans son arrêt [à la page 123] contenait le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Les estimations auxquelles nous faisons référence se retrouvent sous l'en-tête « Établissements de la Compagnie de la Baie d'Hudson, en 1856, et le nombre de Sauvages les fréquentant ». Après une longue liste de noms de postes et de localités, ainsi que du nombre de sauvages fréquentant chaque poste, l'annexe suivante apparaît :

Ajouter les Blancs et les métis du territoire de la baie d'Hudson, non inclus	6 000
---	-------

Add Esquimaux not enumerated	4,000	Ajouter les Esquimaux non énumérés.....	4 000
Total	158,960	Total.....	158 960

The *Indian Races* shown in detail in the foregoing Census may be classified as follows:—

Thickwood Indians on the east side of the Rocky Mountains	35,000
The Plain Tribes (Blackfeet, &c)	5,000
<i>The Esquimaux</i>	4,000
Indians settled in Canada	3,000
Indian in British Oregon and on the Northwest Coast	80,000
<hr/>	
Total Indians	147,000
Whites and half-breeds in Hudson's Bay Territory	11,000
<hr/>	
Souls	158,000

Les tribus sauvages énumérées en détail dans le dénombrement précédent peuvent être classifiées comme suit :

Sauvages de la Forêt à l'Est des Montagnes Rocheuses	35 000
Sauvages de la Prairie (Pieds noirs, etc.)	25 000
Les Esquimaux	4 000
Sauvages fixés dans le Canada	3 000
Sauvages de l'Orégon britannique et de la Côte Nord-Ouest	80 000
<hr/>	
Total Sauvages	147 000
Blancs et Métis des territoires de la Baie d'Hudson	11 000
<hr/>	
Grand total	158 000

[299] This census data has led to the argument that half-breeds were not considered Indians because they are not listed under “Indian Races”.

[299] Ces données de recensement ont conduit à l'argument portant que les métis n'étaient pas considérés comme étant des Indiens, car ils ne faisaient pas partie de la rubrique « tribus sauvages ».

[300] In addition to the census date, the Report also contained a narrative of the problems with half-breeds at the Red River Settlement—problems which the new government of Canada would face as it expanded west:

[300] En plus des données de recensement, le rapport contenait aussi une description des problèmes concernant les métis dans la colonie de la Rivière-rouge — des problèmes auxquels le nouvel État canadien allait être confronté dans son expansion vers l'ouest :

Half-breeds. Difficulty in governing half-breeds, as at Red River, *Ross* 129-131 — Reluctance of the English half-breeds to settle, *Rae* 655-659 — Doubt as to there being any difficulty in governing the English half-breeds, *ib.* 660, 661 — The half-breed population is in some places largely increasing, *ib.* 662.

[TRADUCTION] *Métis.* Difficile de gouverner les métis à la colonie de la rivière Rouge, *Ross* 129-131 — Réticence des métis anglais à s'établir, *Rae* 655-659 — On doute qu'il y ait des difficultés à gouverner les métis anglais, *ib.* 660, 661 — La population métisse augmente considérablement à certains endroits, *ib.* 662.

There are about 4,000 half-breeds at Red River, *Sir G. Simpson* 1681, 1682 — The increased instruction of the half-breeds has not created any increased desire on their part for a free trade in furs, *ib.* 1686-1694.

Il y a environ 4 000 métis à la rivière Rouge, *Sir G. Simpson* 1681, 1682 — L'instruction accrue des métis n'a pas fait en sorte qu'ils soient davantage en faveur de la libéralisation du commerce des fourrures, *ib.* 1686-1694.

Dissatisfaction among some of the half-castes at Red River on account of the monopoly of the fur trade, *Sir J. Richardson* 2942, 3128 — Discontented state of the half-breeds at Red River, because they were not allowed to distil spirits from their own corn, or to traffic in furs, *Crofton* 3232-3246.

Progressive social and intellectual development of the half-castes at Red River, *Right Rev. Dr. Anderson* 4383. 4421-4429 — Dependence to be placed in the half-castes as settlers, *ib.* 4384, 4416, 4425.

Explanation as to a claim made by the half-breeds upon the Hudson's Bay Company in consequence of their having been prohibited by the Americans from hunting buffalo south of the 49th parallel, *McLaughlin* 4903-4907 — Neither physically nor intellectually are the half-breeds at Red River inferior to the Whites, *ib.* 4992-4996 — High position of the American half-breeds at St. Peter's, *ib.* 4997-4999.

Large proportion of half-breeds in the Red River Settlement, *Caldwell* 5363 — Troublesome conduct of the half-breeds when witness arrived at Red River some years ago; they require a stringent mode of government, *ib.* 5364, 5372 — Means of livelihood of the half-breeds, *Caldwell* 5365-5368 — Good social position of some of the half-breeds *ib.* 5573, 5574.

[301] The census report confirmed the diversity of the Métis “half-breeds”, both at the Red River Settlement and elsewhere on the Prairies, and the restrictions on their conduct similar to that imposed on Natives (e.g. liquor) by the HBC.

(5) Pre-Confederation Treaties

[302] One of the powers and obligations which the new federal government would take over from the British Crown was treaty making and treaty responsibilities. Prior to Confederation, there was a significant history of treaty relationships with the Natives. The treaties were not “one size fits all” but served different purposes at different times and therefore each had their own scope, provisions and characteristics.

Mécontentement parmi certains métis de la rivière Rouge en raison du monopole du commerce de la fourrure, *Sir J. Richardson* 2942, 3128 — Mécontentement des métis de la rivière Rouge, car ils ne sont pas autorisés à produire de l'alcool à partir de leur propre maïs et à se livrer au commerce des fourrures, *Crofton* 3232-3246.

Développement social et intellectuel progressif des métis à la rivière Rouge, *Très Rév. Anderson* 4383. 4421-4429 — On dépend des métis pour peupler les établissements, *ib.* 4384, 4416, 4425.

Explication au sujet d'une revendication des métis auprès de la Compagnie de la Baie d'Hudson, par suite du fait que les Américains leur ont interdit de chasser le bison au sud du 49^e parallèle, *McLaughlin* 4903-4907 — Les métis de la rivière Rouge ne sont pas inférieurs aux blancs, que ce soit physiquement ou intellectuellement, *ib.* 4992-4996 — Les métis américains ont de l'importance à St. Peter's, *ib.* 4997-4999.

Grande proportion de métis dans la colonie de la rivière Rouge, *Caldwell* 5363 — Conduite troublante des métis lors de l'arrivée du témoin à la rivière Rouge, il y a de cela quelques années; ils ont besoin d'un mode de gouvernement rigoureux, *ib.* 5364, 5372 — Moyens de subsistance des métis, *Caldwell* 5365-5368 — Certains métis occupent une bonne position sociale, *ib.* 5573, 5574.

[301] Ce rapport de recensement confirmait le caractère diversifié des Métis (*half-breeds*), tant à la colonie de la Rivière-rouge qu'ailleurs dans les Prairies, et que la CBH leur avait imposé des limites quant à leur conduite, lesquelles était similaires à celles imposées aux Autochtones (p. ex. en matière d'alcool).

5) Les traités conclus avant la Confédération

[302] La conclusion des traités et les responsabilités découlant de ces traités comptaient parmi les pouvoirs et les obligations pour lesquels le nouvel État fédéral allait prendre la relève de la Couronne britannique. Il existait, avant la Confédération, des antécédents considérables en ce qui a trait aux rapports entretenus avec les Autochtones au titre de traités. Les traités n'étaient pas uniformes; ils avaient des objectifs différents selon les époques, et chaque traité avait donc une portée, des dispositions et des caractéristiques qui lui étaient propres.

[303] The treaties in Nova Scotia established between 1725 and 1779 were entered into between the British government and the Mi'kmaq and Maliseet. These "Peace and Friendship" treaties were very different from the later numbered treaties of Western Canada. In particular, the Peace and Friendship treaties were not treaties of cession, did not provide for annuities nor for the provision of gifts. Further, they did not contain the element of wardship found in later treaties. These treaties were a set of reciprocal obligations, based on acceptance of British law and sovereignty and designed to regulate interactions with settlers.

[304] For purposes of this case, one important feature of treaty negotiations was that those Natives of mixed ancestry were not excluded; indeed some played a leadership role in the operation of the treaties. As some of the experts on each side agreed, leaders such as Paul Laurent and several chiefs who signed the Robinson treaties were of mixed ancestry. Chief Simon Kerr of the Six Nations was a "quarter blood".

[305] In the early 19th century Britain and the Natives of Upper Canada signed various treaties of surrender whereby the Native group surrendered land and Britain provided a one-time cash payment. These treaties did not contain the features of annuities or wardship.

[306] In 1850 William Robinson negotiated two treaties in the Upper Great Lakes region: the Robinson-Huron Treaty and the Robinson-Superior Treaty. The importance of these treaties, beside their particular importance to the regions and its people, is that these treaties were the model for the post-Confederation numbered treaties in Western Canada. As Jones outlined in her evidence, these treaties featured annuity payments in perpetuity, recognition of a perpetual ongoing relationship between the Crown and treaty signatories and the inclusion of hunting and fishing rights.

[303] Les traités conclus en Nouvelle-Écosse entre 1725 et 1779 avaient pour signataires le gouvernement britannique, les Mi'kmaq et les Malécites. Ces traités de « paix et [d']amitié » étaient très différents des traités numérotés conclus plus tard dans l'Ouest du Canada. Plus précisément, ces traités de paix et d'amitié n'étaient pas des traités de cession et ne prévoyaient pas le versement de rentes ni de dons. De plus, ils ne contenaient pas l'élément de tutelle que l'on retrouvait dans les traités postérieurs. Ces traités consistaient en un ensemble d'obligations réciproques, lesquelles étaient fondées sur l'acceptation du droit et de la souveraineté britannique, et avaient pour objet d'encadrer les rapports avec les colons.

[304] Une des caractéristiques importantes de la négociation relatives à ces traités pour les besoins de la présente affaire était que les Autochtones d'ascendance mixte n'en étaient pas exclus; en fait, certains avaient même joué un rôle de premier plan dans l'application des traités. Comme certains des experts de chaque côté l'ont reconnu, des dirigeants, comme Paul Laurent ainsi que plusieurs des chefs ayant signé les traités Robinson, étaient d'ascendance mixte. Le chef Simon Kerr, des Six Nations, était un « quart de sang ».

[305] Au début du 19^e siècle, la Grande-Bretagne et les Autochtones du Haut-Canada avaient signé divers traités de cession, aux termes desquels le groupe autochtone cédait des terres et la Grande-Bretagne payait une somme forfaitaire. Ces traités ne prévoyaient pas le versement de rentes, ni la tutelle.

[306] En 1850, William Robinson (M. Robinson) avait négocié deux traités visant le secteur supérieur des Grands Lacs; le traité Robinson-Huron et le traité Robinson-Supérieur. En plus de l'importance particulière qu'ils revêtaient pour les régions qu'ils visaient et pour les habitants de celles-ci, ces traités étaient importants, car ils se sont avérés être les modèles à partir desquels les traités numérotés signés après la Confédération avaient été élaborés. Comme l'a souligné M^{me} Jones dans son témoignage, des dispositions prévoyant le versement de rentes à perpétuité, la

[307] The spark for the Robinson treaties was the Mica Bay conflict of 1849 in which half-breeds and pure blood Natives acted against a mining venture that they considered was threatening their lands. There was a perceived need to control the pure bloods and half-breeds as a group because they could act collectively.

[308] I accept Wicken's conclusion that this Mica Bay event would have caused those Framers who knew of it to want a constitutional power to control circumstances that could lead to this type of conflict. Specifically, as Wicken found, there were close cultural, linguistic and social ties between those known as half-breeds and pure bloods in the Lake Huron and Lake Superior region.

[309] As a result of these ties, there was an issue as to the extent to which the half-breeds had any claim to a share in remuneration under treaty. In the report of the surveyors Vidal and Anderson who were sent to enumerate the Native population, they described the matter as "determining how far half-breeds are to be regarded as having a claim to share in the remuneration awarded to Indians as they can scarcely be altogether excluded without injustice to some". In a similar vein, John Sivansten, head of the HBC post at Michipicoten (and himself a half-breed) claimed that some half-breeds had a better claim to treaty than some of the Indians.

[310] As outlined in Jones' evidence, Robinson knew of these claims. He spoke Ojibway and knew the area. In 1850 when pressed by some chiefs to include

reconnaissance d'une relation perpétuelle continue entre la Couronne et les signataires du traité ainsi que l'inclusion de droits de pêche et de chasse figuraient dans ces traités.

[307] L'étincelle ayant conduit aux traités Robinson fut le conflit de la baie Mica de 1849, au cours duquel métis et Autochtones de « sang pur » s'en étaient pris à une entreprise minière qu'ils considéraient comme une menace pour leurs terres. On estimait qu'il était nécessaire d'avoir sous contrôle le groupe des Autochtones de « sang pur » et des métis, puisqu'ils pouvaient agir collectivement.

[308] Je souscris à la conclusion de M. Wicken selon laquelle l'incident de la baie Mica aurait fait en sorte que les Artisans de la Confédération qui en avaient connaissance auraient voulu la compétence constitutionnelle de contrôler les circonstances qui pourraient conduire à ce type de conflit. Plus spécialement, comme l'a conclu M. Wicken, il existait de forts liens culturels, linguistiques et sociaux entre ceux que l'on appelait métis et les « sangs purs » dans la région du lac Huron et du lac Supérieur.

[309] En raison de ces liens, il existait un débat quant à la mesure dans laquelle les métis avaient quelque revendication à une partie de l'indemnité versée au titre d'un traité. Dans le rapport des arpenteurs Vidal et Anderson, qui avaient été envoyés pour dénombrer la population autochtone, ils avaient décrit le problème comme étant de [TRADUCTION] « déterminer la mesure dans laquelle les métis doivent être considérés comme ayant le droit de revendiquer une partie de l'indemnité accordée aux Indiens, puisqu'ils ne peuvent guère en être complètement exclus sans que cela n'entraîne une injustice pour certains d'entre eux ». Dans la même veine, John Sivansten, directeur du poste de la CBH à Michipicoten (et lui-même métis) prétendait que certains métis étaient plus en droit de revendiquer les droits issus des traités que certains des Autochtones.

[310] Comme M^{me} Jones l'a souligné dans son témoignage, M. Robinson avait connaissance de ces revendications. Il parlait l'ojibwa et connaissait la

the half-breeds in treaties, he left the matter for the chiefs to determine:

As the half-breeds at Sault Ste. Marie and other places may seek to be recognized by the Government in future payments, it may be well that I should state here the answer that I gave to their demands on the present occasion. I told them I came to treat with the chiefs who were present, that the money would be paid to them — and their receipt was sufficient for me — that when in their possession they might give as much or as little to that class of claimants as they pleased.

[311] Robinson counted half-breeds in the population subject to the treaties for purposes of calculating overall annuities owed. When, at a later date, the overall annuities were converted to individual annuities, the half-breeds continued to be paid and were enumerated separately for that purpose.

[312] The half-breeds of the Great Lakes included the Métis at Sault Ste. Marie considered by the Supreme Court of Canada in *Powley*, above.

[313] The evidence in that case was that while these Métis had a separate identity, they had close ties with the “Indians” of the North Shore. Some Métis “took treaty” and lived on the Batchewana and Garden River reserves. At Garden River, the Métis occupied a separate part of the reserve known as “Frenchtown” indicating that they maintained their separate identity after taking treaty.

[314] Other Métis did not take treaty and were members of the historic Métis community that was found to have section 35 rights in *Powley*, above.

[315] There was no evidence that those who took treaty were required to demonstrate that they lived with

région. En 1850, lorsque certains chefs exerçaient des pressions sur lui pour que les métis soient inclus dans les traités, il avait laissé cette question entre les mains des chefs :

[TRADUCTION] Puisque les métis de Sault Ste. Marie, ainsi que ceux des autres endroits, pourraient demander à être reconnus par le gouvernement dans le cadre des futurs versements, il pourrait s’avérer une bonne chose que j’énonce dans la présente la réponse que j’ai donnée quant à leurs demandes en l’espèce. Je leur ai dit que j’étais venu ici pour m’entretenir avec les chefs qui étaient présents, que c’était à eux que les sommes seraient versées — et qu’une quittance de leur part me suffirait — et que, lorsque ces sommes seraient en leur possession, ils pourraient, comme ils l’entendent, donner le montant qu’ils veulent à cette catégorie de revendicateurs.

[311] M. Robinson avait recensé le nombre de métis faisant partie de la population visée par les traités, afin de faire le calcul des rentes globales devant être versées. Lorsque, à une date ultérieure, les rentes globales avaient été converties en rentes individuelles, les métis avaient continué à être payés et avaient été recensés séparément à cette fin.

[312] Les métis des Grands Lacs comprenaient les Métis de Sault Ste. Marie, sur lesquels la Cour suprême du Canada s’était penchée dans l’arrêt *Powley*, précité.

[313] Selon la preuve présentée dans cette affaire, ces Métis, malgré le fait qu’ils avaient une identité distincte, avaient maintenu des liens étroits avec les « Indiens » de la rive Nord. Certains Métis « [s’étaient prévalus] des avantages prévus par un traité » et vivaient dans les réserves de Batchewana et de Garden River. Dans cette dernière, les Métis occupaient une partie séparée de la réserve connue sous le nom de « Frenchtown », ce qui indiquait qu’ils avaient maintenu leur identité distincte après l’adhésion au traité.

[314] D’autres Métis n’avaient pas adhéré à un traité et faisaient partie de la communauté métisse historique au sujet de laquelle on a conclu, dans l’arrêt *Powley*, précité, qu’elle bénéficiait des droits garantis par l’article 35.

[315] Il n’existait pas de preuve démontrant que les personnes ayant adhéré au traité avaient l’obligation de

“Indians”, were members of “Indian” tribes, or followed an “Indian” way of life.

[316] The feature of Métis opting in to treaty or not became a very important post-Confederation feature in the new province of Manitoba and the use of the “scrip” system. The scrip system, as described earlier, was used to purchase or extinguish any “Indian title or claim” held by individual Métis. It began to be used in Manitoba in 1870, in the Northwest in the 1880s and in the areas of Treaties No. 8 [1899] and No. 10 [1906]. It was used up until the 1920s. The issue of whether Métis, particularly in and around the Red River Settlement, had “Indian title” is and has been a hotly debated matter; as discussed later in these reasons.

[317] I accept the plaintiffs’ evidence and argument that this pre-Confederation treaty experience would suggest that Canada, when taking over the British power over Indian Affairs, would need to be able to (and intended to) address at least:

- the establishment and maintenance of peaceful relations with Natives of all different varieties;
- the payment of one-time cash amounts for the surrender of Native interests in land;
- the payment of ongoing annuities;
- the creation and acceptance of surrenders of reserve;
- the recognition, pacification, control and dealing with interest in land of Métis who were seen as distinct in some respects from “Indians”, who did not live with Indians, who were not necessarily members of Indian

démontrer qu’elles vivaient avec les « Indiens », qu’elles étaient membres de tribus « indiennes » ou qu’elles avaient adopté un mode de vie « indien ».

[316] Le choix des Métis d’adhérer ou non à un traité est devenu une caractéristique très importante de la période suivant la Confédération dans la nouvelle province du Manitoba et du régime des « certificats ». Comme nous l’avons décrit précédemment, on avait eu recours au régime de certificats pour acheter ou éteindre tout « titre indien ou droit » détenu par un Métis. Ce régime avait été utilisé pour la première fois au Manitoba en 1870, puis dans le Nord-Ouest au cours des années 1880 ainsi que dans les régions visées par les Traités n^{os} 8 [1899] et 10 [1906]. On y a eu recours jusque dans les années 1920. La question de savoir si les Métis possédaient un « titre indien », surtout à l’égard du territoire de la colonie de la Rivière-rouge et des zones avoisinantes, était et est toujours chaudement débattue, comme la Cour en discutera plus tard dans les présents motifs.

[317] J’accepte la preuve et l’argument des demandeurs selon lequel cette expérience des traités, acquise avant l’époque précédant la Confédération, donnerait à penser que, lorsque le Canada allait prendre en charge le pouvoir britannique sur les Affaires indiennes, il devait, au moins, être capable et avoir l’intention de s’atteler aux tâches suivantes :

- l’établissement et le maintien de relations pacifiques avec les divers peuples autochtones;
- le versement de sommes forfaitaires, en contrepartie de la cession de droits que les Autochtones détenaient sur les terres;
- le versement des rentes courantes;
- a création de réserves et l’acceptation des cessions de terres de réserve;
- la reconnaissance, la pacification et le contrôle des Métis, lesquels étaient perçus comme étant distincts des « Indiens » à certains égards, ne vivaient pas avec les Indiens, n’étaient pas nécessairement membres de tribus

tribes or who not necessarily followed an “Indian” way of life.

[318] This experience and recognized need speaks to the requirement for and understanding that the subsection 91(24) power had to be sufficiently broad that the federal government could address a wide range of situations, in a wide range of ways covering a diverse composition of Native people.

(6) Synopsis: Indian Power Pre-Confederation

[319] Wicken and von Gernet have a fundamental disagreement as to the understanding of the term “Indian” generally and particularly by those engaged in the Confederation process:

- Wicken concludes that the great variety of people with mixed blood and the variety of lifestyles of all people with Indian blood lead to an understanding that “Indian” was and should for constitutional purposes be a broad term.
- Von Gernet finds in this variety the very reason why there was no such understanding and that half-breeds, particularly those that lived like “Euro-Canadians”, were of no interest to governments as “Indians”. Von Gernet tied “Indianness” to living with and being part of a tribe.

[320] Jones is of the same general opinion as Wicken in part based on the fact that people of some native Indian blood were included in treaties and the distributions related thereto. Her opinion was that there was a general understanding that “Indian” included those with Native blood and those intermarried with Natives.

indiennes et n’avaient pas nécessairement adopté un mode de vie « indien », ainsi que le règlement des questions relatives aux droits que ces derniers détenaient sur les terres.

[318] Cette expérience et ces besoins reconnus témoignent de la nécessité, ainsi que de la compréhension, que le pouvoir prévu au paragraphe 91(24) devait être suffisamment large, de manière à permettre au gouvernement fédéral de répondre à un large éventail de situations concernant une population autochtone de composition diversifiée, et ce, par un tout aussi large éventail de moyens.

6) Sommaire : la compétence à l’égard des Indiens lors de l’époque précédant la Confédération

[319] Il existe un désaccord fondamental entre M. Wicken et M. von Gernet quant à l’interprétation donnée au terme « Indien » en général, mais surtout par les personnes ayant participé au processus ayant conduit à la Confédération :

- M. Wicken conclut que la grande variété de personnes métissées et les divers modes de vie adoptés par l’ensemble des personnes ayant du sang indien amènent à comprendre que le terme « Indien » avait un sens large et qu’il devait, pour les besoins de la Constitution, avoir un sens large.
- M. von Gernet estime que cette variété est justement la raison pour laquelle cela ne pouvait être interprété ainsi et que le fait de considérer les métis, surtout ceux qui avaient un mode de vie similaire aux « Canadiens d’origine européenne », comme des « Indiens », n’intéressait pas les gouvernements. M. von Gernet a lié la « quiddité indienne » au fait de vivre au sein d’une tribu et de faire partie de celle-ci.

[320] M^{me} Jones a la même opinion générale que M. Wicken, partiellement en raison du fait que des personnes ayant du sang autochtone étaient visées par les traités et par les éléments distribués en application de ceux-ci. Elle était d’avis qu’il existait un consensus selon lequel le terme « Indiens » incluait les

[321] These plaintiffs' experts appear to agree that the term "Indian" also had to be understood in policy terms. The particular statutory definition could change from time to time depending on the policy objectives of the legislation.

[322] These same experts also accept that the Framers were creating a constitutional power which would be different from a statutory power: the power to make laws regarding "Indians" being broader than the statutory definition of "Indian".

[323] Given the history outlined and for reasons given earlier for generally preferring the plaintiffs' experts, Wicken's opinion as to the understanding of what type of power the Indian power need be is accepted. The latter point concerning whether a constitutional power is necessarily broader than a statutory definition is a matter of law for the courts to decide but in this case, it is an accurate reflection of the law.

B. Confederation

(1) Genesis

[324] The general story of Confederation is so well known in Canada that the courts can take judicial notice of most of the historical facts. In addition, the following description of events is supported by all experts' evidence in this case. The point of departure in the expert evidence is the significance to be attributed to events, statements and documents.

[325] In the late 1850s and into the early 1860s, the colonies of Canada, Nova Scotia and New Brunswick had acquired considerable debt from railroad construction

personnes ayant du sang indien et celles mariées avec des Autochtones.

[321] Les experts des demandeurs semblent convenir que le terme « Indien » devait aussi être compris sur le plan des politiques. La définition précise prévue par les lois pouvait être modifiée de temps à autre, en fonction des objectifs politiques de la législation.

[322] Ces mêmes experts acceptent aussi que les Artistans de la Confédération allaient créer un pouvoir constitutionnel, qui serait différent d'un pouvoir légal, puisque le pouvoir de faire des lois à l'égard des « Indiens » est plus large que la définition législative du terme « Indien ».

[323] Compte tenu des faits historiques exposés ci-dessus et des motifs mentionnés précédemment pour préférer, de manière générale, les experts des demandeurs, l'opinion de M. Wicken quant à la compréhension de ce que devait être la compétence à l'égard des Indiens est acceptée. Le dernier aspect, qui concerne la question de savoir si un pouvoir constitutionnel est intrinsèquement plus large qu'une définition législative, est une question de droit devant être tranchée par les tribunaux, mais, en l'espèce, il s'agit d'un postulat reflétant l'état du droit.

B. La Confédération

1) La genèse

[324] L'histoire générale de la Confédération est tellement bien connue au Canada que les tribunaux peuvent prendre connaissance d'office de la plupart des faits historiques. De plus, la description des événements exposée ci-après est appuyée par le témoignage de tous les experts dans la présente affaire. L'importance devant être accordée aux événements, aux déclarations et aux documents est l'élément sur lequel les experts ne s'entendaient pas.

[325] Vers la fin des années 1850 et le début des années 1860, les colonies du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick avaient accumulé une dette

and the pooling of the debt was thought that it might provide some relief.

[326] Britain was pulling away from its colonial commitments, attempting to reduce its colonial expenditure, and maintain the trade advantages with the colonies while increasing its trade with Europe including the use of Baltic states for raw materials.

[327] The Province of Canada, particularly Upper Canada, had become a politically dysfunctional legislature. Broadening the political components was thought, certainly by Macdonald, to be a way out of this political mess.

[328] By 1864 the U.S. had the largest standing army in the world, had just finished a civil war and elements in the U.S. intended not only to settle their western areas more fully, but considered expansion or annexation of the western parts of British North America to be a viable political and economic goal.

[329] The Maritime area was driven by concerns that the colonial preferential tariff on goods to Britain was declining, that the Reciprocal Treaty [of 1854] with the U.S. was to end, and the loss of populace from the region. Representatives of Nova Scotia, New Brunswick and Prince Edward Island planned to meet in Charlottetown in September 1864 to discuss Maritime Union (Charlottetown Conference).

[330] As a result of political turmoil in the Province of Canada, representatives of Canada requested an opportunity to join the Conference. Newfoundland could not attend.

considérable en raison de la construction de chemins de fer, et on croyait que la mise en commun de leur dette pouvait permettre un certain allègement du fardeau.

[326] La Grande-Bretagne se détachait de ses engagements envers les colonies, tentait de réduire ses dépenses coloniales et préservait ses avantages commerciaux en matière de commerce avec les colonies, tout en augmentant ses échanges commerciaux avec l'Europe, notamment en se procurant des matières premières auprès des pays baltes.

[327] La Province du Canada, et surtout le Haut-Canada, était devenue une législature dysfonctionnelle d'un point de vue politique. L'élargissement de ses constituantes politiques était perçu, du moins, certainement par M. Macdonald, comme étant une façon de se sortir de cette fâcheuse situation politique.

[328] En 1864, les États-Unis avaient la plus grande armée permanente au monde et venaient tout juste de sortir d'une guerre civile. Certains éléments de ce pays, en plus d'avoir l'intention de coloniser plus en profondeur les territoires de l'Ouest, estimaient aussi que l'expansion vers les parties occidentales de l'Amérique du Nord britannique ou l'annexion de celles-ci étaient un objectif viable d'un point de vue politique et économique.

[329] La région des Maritimes était motivée par ses inquiétudes à l'égard de la diminution de l'avantage conféré, sur le plan des tarifs douaniers, aux colonies pour l'exportation des biens vers la Grande-Bretagne, du fait que le Traité de réciprocité [de 1854] avec les États-Unis allait prendre fin et du dépeuplement de la région. Des représentants de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard avaient prévu se rencontrer à Charlottetown en septembre 1864 pour discuter d'une union des Maritimes (la Conférence de Charlottetown).

[330] En raison des troubles politiques dans la Province du Canada, des représentants du Canada avaient demandé la possibilité de se joindre à la Conférence. Terre-Neuve ne pouvait pas envoyer de délégués.

[331] Of the 24 delegates to the Charlottetown Conference many became important Confederation figures—Tilley, Pope, Macdonald, Cartier, Galt, Langevin and Tupper. The principal result of the Conference was the decision to have a federal union rather than a legislative union.

[332] There is no documentary evidence of any reference at the Charlottetown Conference to Indians or Indian territory/land, despite the development of a comprehensive list of the powers to be divided as between the “federal legislature” and the “local legislature”. An interesting side note is that naturalization was to be federal but immigration was to be local.

[333] A month later in October 1864, 33 delegates (from the Province of Canada, New Brunswick, Nova Scotia and Prince Edward Island) gathered in Québec (Québec Conference 1864) to move the process of confederation forward. The Québec Conference developed 72 Resolutions which were turned into *The British North America Act, 1867*—the present *Constitution Act, 1867*.

[334] Again, without any recorded discussion or documentation, the power over “Indians, and Lands reserved for the Indians” was included in relation to which the “General Parliament” had the power to make laws.

[335] At the London Conference in November 1866, the 16 delegates representing the Canadas, Nova Scotia and New Brunswick met with British officials to draft *The British North America Act, 1867* based upon the 72 Resolutions.

[336] A startling feature of the “Indian power” is that there was no discussion of the power, of the need to control Indians or of what constituted Indians. In the period 1858 to 1867, when there is a record of discussions by delegates to the Confederation Conference

[331] Parmi les 24 délégués présents à la Conférence de Charlottetown, plusieurs sont devenus des visages importants de la Confédération, MM. Tilley, Pope, Macdonald, Cartier, Galt, Langevin et Tupper. La décision de créer une union fédérale plutôt qu’une union législative fut le principal résultat de la Conférence.

[332] Il n’y a pas de preuve documentaire selon laquelle la question des Indiens et des terres et territoires indiens avait été mentionnée lors de la Conférence de Charlottetown, et ce, malgré l’élaboration d’une liste exhaustive des compétences devant être réparties entre la « législature fédérale » et la « législature locale ». Il est intéressant de souligner que la naturalisation allait relever de la législature fédérale, mais que l’immigration allait relever de la législature locale.

[333] En octobre 1864, soit un mois plus tard, 33 délégués (provenant de la Province du Canada, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l’Île-du-Prince-Édouard) s’étaient réunis à Québec (la Conférence de Québec de 1864), pour faire avancer le processus de confédération. On avait élaboré 72 résolutions (les 72 Résolutions) lors de la Conférence de Québec; ces résolutions sont ensuite devenues l’AANB — qui constitue l’actuelle *Loi constitutionnelle de 1867*.

[334] Une fois de plus, malgré que, selon les renseignements dont nous disposons, il ne semble pas y avoir eu de discussion à ce sujet, la compétence à l’égard des « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » a été incluse dans les pouvoirs à l’égard desquels le « Parlement général » était habilité à faire des lois.

[335] Lors de la Conférence de Londres qui avait eu lieu en 1866, les 16 délégués représentant le Haut-Canada et le Bas-Canada, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick s’étaient réunis avec des fonctionnaires britanniques pour rédiger une ébauche de l’AANB, qui avait pour fondement les 72 Résolutions.

[336] Un aspect étonnant en ce qui concerne la compétence à l’égard des Indiens est qu’il n’y avait pas eu de discussions au sujet de cette compétence, de la nécessité de contrôler les Indiens ou de la portée du terme « Indiens ». Lors de la période comprise entre 1858 et

about the range of topics from political deadlock, to education, religion, local autonomy, fear of U.S. annexation and expansion into the north-west (northern Ontario to Alberta), there is not one reference to “Indians” or the issue of what level of government should be responsible or who was to be included in this power.

[337] Unlike so much of federal-provincial relations, the power over Indians was not one that was fought over or bargained over between governments. That was the case in 1864 and is the case now.

[338] This has led to the conclusion that the Indian power was not an important power, critical to the purposes of Confederation. That conclusion is countered by the proposition that given the purposes of Confederation, the power over Indians was so clearly necessary for the federal government that there was no need for discussion. Given the history of Confederation and subsequent events, this latter conclusion is the more reasonable one particularly given the legal requirement to look at the purposes of legislation in construing its provisions.

(2) Objects and Purposes of Confederation

[339] The Supreme Court of Canada has concluded that a (not “the”) dominant intention of the creation of *The British North America Act, 1867* was the establishment of a new political nationality and its counterpart, the creation of a national economy (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pages 608–609):

A dominant intention of the drafters of the *British North America Act* (now the *Constitution Act, 1867*) was to establish

1867, lorsqu’il existe des comptes-rendus des discussions entre les délégués présents lors des conférences portant sur la Confédération, où l’on mentionne qu’un éventail de sujets, comme l’impasse politique, l’éducation, la religion, l’autonomie locale, la crainte de l’annexion par les États-Unis et l’expansion vers le nord-ouest (du Nord de l’Ontario jusqu’à l’Alberta) avaient été abordés, on ne fait aucunement mention des « Indiens », ou de la question de savoir quel palier de gouvernement devrait être responsable à l’égard des « Indiens » ou quelles personnes sont visées par cette compétence.

[337] Contrairement à ce qui s’est produit dans de nombreux cas en matière de relations fédérales-provinciales, les gouvernements ne s’étaient pas battus pour obtenir la compétence à l’égard des Indiens, et cette compétence n’avait pas fait l’objet de négociations. C’était le cas en 1864 et c’est encore le cas aujourd’hui.

[338] Ce fait a mené à la conclusion selon laquelle la compétence à l’égard des Indiens n’était pas une compétence qui était importante et cruciale pour les besoins de la Confédération. Cette conclusion est contredite par la thèse portant que la compétence à l’égard des Indiens était si manifestement essentielle pour le gouvernement fédéral, compte tenu des objectifs de la Confédération, qu’il n’était même pas nécessaire d’en discuter. Étant donné l’histoire de la Confédération et les événements subséquents, cette deuxième conclusion est la plus raisonnable, surtout compte tenu de l’exigence juridique selon laquelle il faut analyser les objectifs d’une loi pour en interpréter les dispositions.

2) Les objectifs de la Confédération

[339] La Cour suprême du Canada a conclu que l’une des intentions dominantes (et non « l’intention dominante ») ayant conduit à l’élaboration de l’AANB était d’établir une nouvelle identité politique et, à titre de contrepartie à l’unité nationale, de créer une économie nationale (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pages 608 et 609) :

L’une des intentions dominantes des rédacteurs de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant la *Loi*

“a new political nationality” and, as the counterpart to national unity, the creation of a national economy: D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939), at p. 40. The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme. “It was an enterprise which was consciously adopted and deliberately put into execution.”: Creighton, *supra*; see also *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 373. The creation of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the *British North America Act* attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.

[340] Consistent with the Supreme Court of Canada’s conclusion, Wicken confirmed that from an historical perspective, the objects of Confederation were expansion, settlement, building a railway and development of a national economy. These objects can be divined from the text of *The British North America Act, 1867* itself.

[341] In Wicken’s opinion, which I accept, the purposes of Confederation relevant to this case are:

- The expansion of British North America into the Northwest [present day Manitoba, Saskatchewan, Alberta, Northwest Territories, Yukon and parts of northwestern Ontario] and towards British Columbia in response to the pre-Confederation economic and political crisis.
- The eventual absorption of the Northwest and British Columbia into Confederation.
- Integration of the Atlantic colonies (Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland) with Central Canada. The intent to absorb Newfoundland, Prince Edward Island and British Columbia as well as

constitutionnelle de 1867) était d’établir [TRADUCTION] « une nouvelle identité politique » et de créer à titre de contrepartie à l’unité nationale, une économie nationale : D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939), à la p. 40. La réalisation d’une intégration économique occupait une place de premier plan dans le programme. [TRADUCTION] « Il s’agissait d’une initiative adoptée consciemment et mise en œuvre volontairement. » : Creighton, précité; voir également l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357, à la p. 373. La création d’un gouvernement central, le pouvoir en matière d’échanges et de commerce, l’art. 121 et la construction d’un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L’idée d’un Canada formant un seul pays comportant ce que l’on appellerait aujourd’hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l’intérieur du pays.

[340] M. Wicken a confirmé que, d’un point de vue historique, les objectifs de la Confédération étaient l’expansion, la colonisation, la construction d’un chemin de fer et le développement d’une économie nationale, ce qui concorde avec la conclusion de la Cour suprême du Canada. Il est possible de pressentir ces objets à la lecture même du texte de l’AANB.

[341] M. Wicken est d’avis, avis auquel je souscris, que les objectifs de la Confédération qui sont pertinents dans le contexte de la présente affaire sont les suivants :

- l’expansion de l’Amérique du Nord britannique dans le Nord-Ouest [le territoire actuel du Manitoba, de la Saskatchewan, de l’Alberta, des Territoires-du-Nord-Ouest, du Yukon et de certaines parties du Nord de l’Ontario] et vers la Colombie-Britannique, en réponse à la crise économique et politique qui sévissait lors de la période précédant la Confédération;
- la future absorption du Nord-Ouest et de la Colombie-Britannique dans la Confédération;
- l’intégration des colonies de l’Atlantique (Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve) avec le Centre du Canada. L’article 146 de l’AANB témoigne de l’intention d’absorber

Rupert's Land and the Northwest Territories [then called North-Western Territory] is seen in section 146 of *The British North America Act, 1867*. Section 147 shows advanced plans for including Newfoundland and Prince Edward Island in the Union.

- To settle the Northwest with farms which would become a new market for Central Canada manufacturing.
- The maintenance in the East of the current population and the prevention of out-migration.
- The settlement of British Columbia particularly Vancouver Island and the Lower Mainland.
- The building of a transcontinental railway which was essential to creating a national economy and to settle the unsettled areas particularly the Northwest.

[342] According to Wicken, the intercontinental railway was central and integral to the Framers' intentions at Confederation. In that regard:

- Joseph Howe saw the importance of the railway but more so in terms of permitting Nova Scotia to tap into the market in Central Canada.
- Palliser had opined on the feasibility of constructing a railway from the Red River to the eastern base of the Rocky Mountains.
- Section 145 of *The British North America Act, 1867* created a duty on the federal government to provide a railway linking the Province of Canada with Nova Scotia.
- The *British Columbia Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10] section 11 provided that the Government of the Dominion would build a railway from the Pacific through the Rockies connecting British Columbia to Central Canada.

Terre-Neuve, l'Île-du-Prince-Édouard et la Colombie-Britannique, ainsi que la Terre de Rupert et les Territoires-du-Nord-Ouest [auparavant Territoire du Nord-Ouest]. L'article 147 expose des plans élaborés concernant l'inclusion de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard au sein de l'Union;

- la colonisation du Nord-Ouest au moyen de l'implantation de fermes, qui deviendront un nouveau marché pour les entreprises manufacturières du Centre du Canada;
- le maintien de la population existante dans la région de l'Est et la prévention de l'exode de cette population;
- la colonisation de la Colombie-Britannique, notamment l'île de Vancouver et les basses-terres continentales;
- la construction d'un chemin de fer transcontinental, qui était essentiel à la création d'une économie nationale et à la colonisation des territoires non colonisés, surtout ceux du Nord-Ouest.

[342] Selon M. Wicken, le chemin de fer intercontinental était un élément central et intégrant des intentions des Artisans de la Confédération au moment de la Confédération. À cet égard :

- Joseph Howe voyait l'importance du chemin de fer, mais surtout dans le but de permettre à la Nouvelle-Écosse de tirer profit du marché du Centre du Canada;
- M. Palliser s'était prononcé sur la possibilité de construire un chemin de fer reliant la rivière Rouge à la base orientale des montagnes Rocheuses;
- l'article 145 de l'AANB imposait au gouvernement fédéral l'obligation de construire un chemin de fer reliant la Province du Canada à la Nouvelle-Écosse;
- l'article 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 10] prévoyait que le gouvernement du Dominion s'engagerait à construire un chemin de fer partant du Pacifique et traversant les Rocheuses, pour relier la Colombie-Britannique et le Centre du Canada;

• The *Prince Edward Island Terms of Union* required the federal government to maintain a steamship service linking Prince Edward Island to the intercontinental railway.

• The Framers intended to expand the economy which included expanding settlement throughout the country.

• The expansion of the economy was to be accomplished through uniting the East and West through a railway, expanding agricultural settlement and developing the manufacturing industry in the urban areas which would lessen the dependency on U.S. goods.

[343] This expansionist view of Confederation was attributed to Macdonald. In that respect he had the support of Cartier, Brown, Galt, McGee and others.

[344] Patterson criticizes Wicken and this perspective on Confederation citing the fact that many Atlantic Canada leaders did not share this view.

[345] I conclude that Patterson’s narrow and local perspective does not accord with the better evidence supporting the expansionist view of Confederation and the critical role Macdonald played in formulating it, drafting it and implementing it. Most importantly, the better view is supported by the terms of *The British North America Act, 1867* and the historical context of a nation being built including the absorption of Rupert’s Land and the obligations toward Natives inherent in that transfer.

[346] The defendants accept that at Confederation the Framers had experience in dealing with “Indians”; the colonies had a long history of legislation and policies in this area. Macdonald was at the time Attorney General for Canada West; George Étienne Cartier (Cartier) for Canada East. William MacDougall, another Framer, had been the Commissioner of Crown Lands and Chief

• les *Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard* exigeaient du gouvernement fédéral qu’il maintienne un service de bateaux à vapeur reliant l’Île-du-Prince-Édouard au chemin de fer intercontinental;

• les Artisans de la Confédération voulaient développer l’économie par, notamment, l’expansion de la colonisation à l’échelle du pays;

• le développement de l’économie serait le résultat de l’union entre l’Est et l’Ouest, au moyen d’un chemin de fer, en étendant la colonisation agricole et en stimulant l’industrie manufacturière dans les régions urbaines, ce qui aurait pour effet de diminuer la dépendance envers les produits américains.

[343] Cette vision expansionniste de la Confédération avait été attribuée à M. Macdonald. Il avait, à cet égard, l’appui d’autres personnes, dont MM. Cartier, Brown, Galt et McGee.

[344] M. Patterson critique M. Wicken ainsi que la perspective, exposée ci-dessus, que ce dernier a formulée à l’égard de la Confédération, en invoquant le fait que plusieurs dirigeants du Canada atlantique ne partageaient pas ce point de vue.

[345] Je conclus que la perspective étroite et locale de M. Patterson ne concorde pas avec la meilleure preuve, qui appuie la vision expansionniste de la Confédération et le rôle crucial qu’avait joué M. Macdonald dans la formulation, dans l’élaboration et dans la mise en œuvre de cette vision. Fait plus important, cette meilleure optique est étayée par les dispositions de l’AANB et par le contexte historique de la construction d’une nation, y compris l’absorption de la Terre de Rupert et les obligations en découlant, à l’égard des Autochtones.

[346] Les défendeurs reconnaissent que, au moment de la Confédération, les Artisans de la Confédération avaient eu auparavant des relations avec les « Indiens » et que les colonies adoptaient depuis longtemps des lois et des politiques dans ce domaine. À cette époque, M. Macdonald était le procureur général du Canada-Ouest; George-Étienne Cartier (M. Cartier) occupait le

Superintendent of Indian Affairs for Canada West and had negotiated the Manitoulin Island Treaty of 1862. Langevin was Solicitor General of the Province of Canada and later Secretary of State and Superintendent General of Indian Affairs.

même poste au Canada-Est. Un autre Artisan de la Confédération, William MacDougall (M. MacDougall), avait été commissaire des Terres de la Couronne et surintendant en chef des affaires indiennes du Canada-Ouest, et avait négocié le Traité de l'île Manitoulin de 1862. M. Langevin avait été solliciteur général de la Province du Canada, puis secrétaire d'État et surintendant général des Affaires indiennes.

[347] The defendants also accept that the Framers would have known that Indians were located in the Province of Canada, that they included persons intermarried with them and who were accepted as members of the band.

[347] Les défendeurs reconnaissent aussi que les Artisans de la Confédération savaient qu'il y avait des populations indiennes dans la Province du Canada, que ces populations comprenaient des non-Indiens ayant épousé des Indiens et que ces non-Indiens étaient acceptés en tant que membres de la bande.

[348] The Framers did not specifically acknowledge that there were those of mixed blood and their descendants but given the evidence that fact can hardly be denied.

[348] Les Artisans de la Confédération n'avaient toutefois pas reconnu explicitement qu'il y avait des personnes métissées ainsi que leurs descendants, mais compte tenu de la preuve, ce fait peut difficilement être nié.

[349] The Framers also knew of "Indians" outside the Dominion and that Rupert's Land and the Northwest Territories were about to become part of the Dominion.

[349] Ils savaient aussi qu'il y avait des « Indiens » dans les territoires ne faisant pas partie du Dominion et que la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest allaient bientôt se joindre au Dominion.

[350] The defendants accept that the assignment of Indians and lands reserved for the Indian to the federal government would be viewed as facilitating the management of Indian Affairs in the new territories and would promote uniformity in the administration of Indian Affairs throughout Canada.

[350] Les défendeurs conviennent que l'attribution au gouvernement fédéral de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens serait perçue comme étant un moyen de faciliter la gestion des affaires indiennes dans les nouveaux territoires et favoriserait l'uniformité dans l'administration des affaires indiennes à l'échelle du Canada.

[351] However, the defendants do not accept, but the Court does, the expert opinion evidence that:

[351] Toutefois, bien que les défendeurs la rejettent, la Cour accepte la preuve d'expert selon laquelle :

- in the Northwest in particular, a large nomadic Native population potentially stood in the way of expansion, settlement and railway construction;
- the relationship between the objects of Confederation in terms of settlement and expansion and the Native people was critical to Confederation;

- une importante population autochtone nomade, surtout dans la région du Nord-Ouest, faisait obstacle à l'expansion, à la colonisation et à la construction du chemin de fer;
- le lien entre les objectifs visés par la Confédération en matière de colonisation et d'expansion et les Autochtones était essentiel au succès de la Confédération;

- the idea of railway construction and federal responsibility for “Indians” are interconnected;
 - the Framers needed to be able to reconcile Native people to the building of the railway and other measures which the federal government would have to take;
 - maintaining peaceful relations with the “Indians” would protect the railway from attack;
 - Natives needed to be reconciled with the expansion westward to ensure the larger development of the nation;
 - lands occupied by Natives would have to be surrendered in some fashion.
- l’idée de construire un chemin de fer et la responsabilité fédérale à l’égard des « Indiens » étaient interreliées;
 - les Artisans de la Confédération devaient être capables de convaincre les Autochtones d’accepter la construction du chemin de fer et les autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre;
 - le maintien des relations pacifiques avec les « Indiens » protégerait le chemin de fer contre les attaques;
 - il fallait faire accepter l’idée de la colonisation vers l’ouest aux Autochtones, en vue d’assurer un plus grand développement de la nation;
 - les terres occupées par les Autochtones allaient devoir faire l’objet d’une cession, d’une manière ou d’une autre.

[352] This leads to the purposes of subsection 91(24) at least from an historical perspective. The defendants put forward no opinion evidence on the purpose of the provision as that was not within their experts’ mandate.

[352] Cela nous amène à l’objet du paragraphe 91(24), du moins, d’un point de vue historique. Les défendeurs n’ont pas présenté de preuve d’opinion quant à l’objectif de cette disposition, car cela ne faisait pas partie du mandat de leurs experts.

[353] The plaintiffs’ two principal experts put forward slightly different but complementing summaries of the purpose of the provision.

[353] Les deux principaux experts des demandeurs ont présenté des résumés quelque peu différents, mais complémentaires, à l’égard de l’objet de la disposition.

(a) Wicken concluded that the purpose was:

a) M. Wicken a conclu que l’objet de la disposition était de :

- to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion;
 - to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain while extinguishing interests that stood in the way of the objects of Confederation;
 - eventually to civilize and assimilate Native people.
- exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion;
 - honorer les obligations à l’égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne, tout en éteignant les intérêts constituant un obstacle aux objectifs visés par la Confédération;
 - ultérieurement, civiliser et assimiler les Autochtones.

(b) Jones, who has also recognized the government's goal of "civilize and assimilate", summarized the purpose of subsection 91(24) as:

This power was integral to the central government's plan to develop and settle lands in the North-Western Territory. The Canadian Government at Confederation inherited principles and practices of Crown-Aboriginal relations that had been embedded in British North America for well over one hundred years by 1857. These included the recognition of Aboriginal title in the "Indian territories" and protocols recognizing the relationship between Aboriginal nations and the Crown. Canada also inherited a British policy of "civilization" of the Indians, in place since [the] 1830s.

[354] I accept these experts' opinion on the purposes of subsection 91(24) from the viewpoint of those creating the power. The opinion is consistent with the evidence relied on both prior to and subsequent to 1867. The post-Confederation period and the manner of dealings between Natives and the federal government provide insight into the meaning and scope of the power, absent any 1867 contemporaneous documents of discussion.

C. Post-Confederation

(1) Rupert's Land

[355] It was well known at the time of Confederation that the new Dominion would take over Rupert's Land. On December 16 and 17, 1867, in a joint address of the House of Commons and the Senate to the Queen requesting an Order in Council authorizing the transfer of Rupert's Land to Canada, a reference to "Indians" was made as follows:

And furthermore that, upon transference of the territories in question to the Canadian Government, the claims of the Indian tribes to compensation for lands required for purposes

b) M^{me} Jones, qui a, elle aussi, reconnu que le but du gouvernement était de « civiliser et assimiler », a résumé ainsi l'objet du paragraphe 91(24) :

[TRADUCTION] Ce pouvoir fait partie intégrante du plan du gouvernement central de développer et de coloniser les terres des Territoires-du-Nord-Ouest. Au moment de la Confédération, le gouvernement du Canada avait hérité des principes et des pratiques qui s'étaient dégagés des relations entre la Couronne et les Autochtones et qui, en 1857, étaient enracinés depuis bien au-delà d'un siècle en Amérique du Nord britannique. Ces principes et pratiques comprenaient la reconnaissance du titre aborigène dans les « territoires indiens » et des protocoles reconnaissant la relation entre les nations autochtones et la Couronne. Le Canada avait aussi hérité de la politique britannique de « civilisation » des Indiens, qui existait depuis les années 1830.

[354] J'accepte ces opinions d'expert à l'égard de l'objet du paragraphe 91(24), du point de vue de ceux ayant créé ce pouvoir. Cette opinion est conforme à la preuve relative aux faits qui se sont produits avant et après 1867. Les faits qui se sont produits lors de l'époque suivant la Confédération ainsi que la manière avec laquelle les Autochtones et le gouvernement fédéral avaient interagi fournissent des indications quant au sens et quant à la portée de la compétence. Soulignons qu'il n'existe aucun document datant de la période où la Confédération a été créée (1867) qui relatent les discussions à cet égard.

C. L'époque suivant la Confédération

1) La Terre de Rupert

[355] Au moment de la Confédération, il était de notoriété publique que le nouveau Dominion allait prendre possession de la Terre de Rupert. Lors d'une adresse conjointe de la Chambre des communes et du Sénat formulée à la Reine les 16 et 17 décembre 1867, dans laquelle ils demandaient la délivrance d'un décret en conseil autorisant le transfert de la Terre de Rupert au Canada, on y fit la mention suivante au sujet des « Indiens » :

De plus, lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d'équité qui ont toujours guidé la couronne britannique dans ses

of settlement will be considered and settled in conformity with the equitable principles which have uniformly governed the British Crown in its dealings with the aborigines.

[356] The new federal government agreed with the Hudson's Bay Company, on March 22, 1869, to the terms of transfer of Rupert's Land, which agreement included the following:

8. Any claims of Indians to compensation for lands required for purposes of settlement shall be disposed of by the Canadian Government in communication with the Imperial Government, and that the Company shall be relieved of all responsibility in respect of them.

[357] The terms of the transfer were incorporated into the Rupert's Land and the North-Western Territory Order dated June 23, 1870 [*Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the Union*] and the lands covered by the Order were transferred to Canada as of July 15, 1870.

[358] The Rupert's Land and North-Western Territory Order forms part of the Constitution of Canada. Section 8 of the agreement referred to in these reasons at paragraph 356 appears as section 14 of the Rupert's Land and North-Western Territory Order. The Joint Alliance of December 1867 referred to in paragraph 355 is an appendix to that Order [Schedule A].

[359] I accept Ms. Jones' explanation of the historical context of these undertakings that it was critical to the new Canada to create an environment of safety and security for the settlers. A part of creating that environment was extinguishing Indian claims. Canada needed possession of those lands for the construction of the transcontinental railway but also for the general national settlement and development of the west.

rapports avec les autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation.

[356] Le 22 mars 1869, le gouvernement fédéral nouvellement constitué avait conclu un accord avec la CBH quant aux modalités du transfert de la Terre de Rupert. L'accord comprenait, entre autres, la clause suivante :

8. Il est entendu que le gouvernement du Canada, en concertation avec le gouvernement impérial, procède au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les Indiens au sujet des terres nécessaires à la colonisation, la compagnie étant dégagée de toute responsabilité à cet égard.

[357] Les modalités du transfert avaient été incorporées dans le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, daté du 23 juin 1870 [*Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest*], et les terres visées par le décret avaient été transférées au Canada le 15 juillet 1870.

[358] Le Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest fait partie de la Constitution du Canada. L'article 8 de l'accord, auquel on réfère au paragraphe 356 des présents motifs, constitue l'article 14 du Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. L'adresse conjointe de décembre 1867 citée au paragraphe 355 est une annexe de ce décret [Annexe A].

[359] J'accepte l'explication de M^{me} Jones quant au contexte historique dans lequel ces engagements s'inscrivaient : il était essentiel, pour le nouveau Canada, de créer un environnement sécuritaire pour les colons. L'une des tâches liées à la création de cet environnement était l'extinction des revendications indiennes. Le Canada avait besoin de posséder ces terres pour la construction du chemin de fer transcontinental, mais aussi pour la colonisation et le développement national de l'Ouest en général.

(2) Post-Confederation Statutes—1867–1870

[360] In the absence of Confederation debate evidence as to the scope of the Indian power, the early post-Confederation statutes give some indication of the intent of the power and its scope.

[361] The first federal statute after Confederation relating to “Indians” was the 1868 Secretary of State Act (*An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42) which reorganized Indian Affairs and placed it under the control of the Secretary of State.

[362] The Act contained a definition of “Indians” at section 15:

What persons only shall be deemed Indians.

15. For the purpose of determining what persons are entitled to hold, use or enjoy the lands and other immoveable property belonging to or appropriated to the use of the various tribes, bands or bodies of Indians in Canada, the following persons and classes of persons, and none other, shall be considered as Indians belonging to the tribe, band or body of Indians interested in any such lands or immoveable property:

Firstly. All persons of Indian blood, reputed to belong to the particular tribe, band or body of Indians interested in such lands or immoveable property, and their descendants;

Secondly. All persons residing among such Indians, whose parents were or are, or either of them was or is, descended on either side from Indians or an Indian reputed to belong to the particular tribe, band or body of Indians interested in such lands or immoveable property, and the descendants of all such persons; And

Thirdly. All women lawfully married to any of the persons included in the several classes hereinbefore designated; the children issue of such marriages, and their descendants.

2) Les lois adoptées après la Confédération (1867–1870)

[360] En l’absence de preuve des débats ayant mené à la Confédération, quant à la portée du pouvoir à l’égard des Indiens, les lois adoptées dans les premières années de la Confédération donnent certaines indications au sujet de l’objet de ce pouvoir et de sa portée.

[361] La première loi fédérale portant sur les « Indiens » après la Confédération était l’*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42 (l’Acte sur le Secrétaire d’État), par lequel on avait procédé à une réorganisation des Affaires indiennes, qui avaient alors été placées sous la responsabilité du secrétaire d’État.

[362] Cette loi contenait une définition du terme « Sauvages », à l’article 15 :

Quelles personnes seulement seront considérées être des Sauvages.

15. Dans le but de déterminer quelles personnes ont droit de posséder, occuper ou exploiter les terres et autres propriétés immobilières, appartenant ou affectées aux diverses nations, tribus ou peuplades de Sauvages en Canada, les personnes et classes de personnes suivantes, et nulles autres, seront considérées comme Sauvages appartenant aux nations, tribus ou peuplades de Sauvages intéressées dans les terres ou propriétés immobilières en question : —

Premièrement. — Tout Sauvage pur sang, réputé appartenir à la nation, tribu ou peuplade particulière de Sauvages intéressés dans ces terres ou propriétés immobilières, et ses descendants;

Secondement. — Toutes personnes résidant parmi ces Sauvages, dont les père et mère étaient ou sont descendus, ou dont l’un ou l’autre était ou est descendu, de l’un ou de l’autre côté, de Sauvages ou d’un Sauvage réputé appartenir à la nation, tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans ces terres ou propriétés immobilières, ainsi que leurs descendants; et

Troisièmement. — Toutes femmes légitimement mariées à aucune des personnes comprises dans les diverses classes ci-dessus désignées, les enfants issus de ces mariages, et leurs descendants.

[363] From an historical perspective Wicken testified that the Act included as “Indians” both half-breeds and those people living off-reserve.

[364] While the actual meaning of the statute is a matter of law, I concur with Wicken as to this aspect of the definition.

[365] The Secretary of State Act was followed in 1869 by the unwieldy named statute *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6.

[366] This Act had a number of critical components:

(a) It introduced, for the first time in a statute, the “marrying-out” rule whereby an Indian woman who married a non-Indian man would lose her status, as would her children. This appears to be in response to the problem of non-Indian squatters.

(b) In respect to the entitlement to annuities, persons of less than one-fourth Indian blood who were born after 1869 could be disentitled if the Chief gave a certificate to that effect which was sanctioned by the Superintendent.

(c) The provisions for “enfranchisement” of Indians were expanded such that an enfranchised Indian (in summary, a person more closely resembling a member of Euro-Canadian society—such as those Natives who became lawyers or church ministers) ceased to be an Indian except as to annuity and other moneys of his tribe, band or body of Indians to which he belonged. (This is a restricted form of opting out.)

(d) The Act did not contain a definition of “Indians” but provided that this Act be read together with the 1868 Secretary of State Act.

[363] M. Wicken a témoigné que, d’une perspective historique, la définition de « Sauvages » contenue dans la loi incluait à la fois les métis et les « Sauvages » vivant hors réserve.

[364] Malgré que la signification réelle de la loi soit une question de droit, je souscris à l’opinion de M. Wicken quant à cet aspect de la définition.

[365] L’Acte sur le Secrétaire d’État avait été suivi en 1869 par une loi lourdement intitulée *Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.

[366] Cette loi contenait un certain nombre d’éléments fondamentaux :

a) Elle introduisait, pour la première fois dans une loi, la règle d’« exclusion par mariage », par laquelle une femme indienne qui épousait un non-Indien perdait son statut, et les enfants issus de ce mariage ne seront pas considérés comme Indiens. Il semblerait que cette règle visait à répondre au problème des squatters non indiens.

b) En ce qui concerne le droit aux rentes, les personnes ayant moins d’un quart de sang indien et nées après 1869 pouvaient perdre le droit à ces rentes après qu’un certificat à cet effet ait été donné par le chef et approuvé par le surintendant.

c) Les dispositions relatives à « l’émancipation » des Indiens avaient été élargies, de sorte qu’un Indien émancipé (en bref, une personne ressemblant davantage aux membres de la société canadienne d’origine européenne — comme, par exemple, les Autochtones qui sont devenus avocats ou ministres du culte) n’était plus réputé être un Indien, sauf en ce qui se rattachait aux rentes ou autres deniers de la nation, tribu ou peuplade à laquelle il appartenait. (Il s’agissait d’une forme limitée de droit de retrait.)

d) La loi ne contenait pas de définition du terme « Sauvage », mais prévoyait qu’elle devait être lue conjointement avec l’Acte sur le Secrétaire d’État.

[367] In summary, by 1869 there was no comprehensive Indian Act but there was a broad definition of Indian in place under the Secretary of State Act except that in 1869 the “marrying-out” rule had been formalized but qualified to the extent that those who married out and their descendants could still be “Indians” for the purposes of receiving annuities.

[368] This legislation was not extended to Manitoba until 1874.

(3) Aboriginal Population of the Northwest

[369] While the situation in Eastern Canada regarding Natives and the degree of mixed peoples makes the analysis of the issues in this case complex, the situation in the “Northwest” (present day Manitoba, Saskatchewan, Alberta, Northwest Territories, Yukon and parts of north-western Ontario) is even more so. The mix and variation of the Aboriginal people was extensive and showed few, if any, clear dividing lines.

[370] The various situations and events in the Northwest occupied a significant amount of the plaintiffs’ evidence in this case. It is also instructive of the historical understanding of who was an “Indian” at or around the time of Confederation and later, as the situation in the Northwest was dynamic.

[371] Ms. Jones laid out in clear terms the nature of the Aboriginal population mix and their status—the Métis at the Red River Settlement were not homogenous. Some had small farms that they maintained throughout the year laid out in strips from the riverbank in the same manner as in Quebec along the St. Lawrence River. Others were out hunting buffalo four to eight months of the year while others were engaged in woodland hunting and trapping of small furs.

[367] En résumé, il n’existait pas de loi complète relative aux Indiens en 1869, mais il y avait toutefois une définition large en vigueur sous le régime de l’Acte sur le Secrétaire d’État et la règle d’« exclusion par mariage » avait été officialisée, mais avec une réserve, en ce sens que les Indiennes ayant perdu leur statut suivant le mariage, et leurs descendants, pouvaient toujours être des « Indiens » en ce qui avait trait à la réception des rentes.

[368] Ces mesures législatives n’avaient pas été étendues au Manitoba avant 1874.

3) La population autochtone du Nord-Ouest

[369] Alors que la situation qui avait cours dans l’Est du Canada à l’égard des Autochtones et du degré élevé de métissage rend complexe l’analyse des questions en litige dans la présente affaire, la situation dans le « Nord-Ouest » (le territoire actuel du Manitoba, de la Saskatchewan, de l’Alberta, des Territoires-du-Nord-Ouest, du Yukon et de certaines parties du Nord-Ouest de l’Ontario) la complexifie davantage. La variété des peuples autochtones qui y vivaient était considérable et il n’existait que peu, voire pas du tout, de distinctions nettes.

[370] Les diverses circonstances dans le Nord-Ouest et les événements s’y étant produits constituaient une partie significative de la preuve des demandeurs dans la présente affaire. Cela est instructif pour comprendre, sur le plan historique, qui était un « Indien » à l’époque de la Confédération et au cours des années subséquentes, puisque la situation dans le Nord-Ouest était en évolution.

[371] M^{me} Jones a exposé en termes clairs la nature de la variété au sein de la population autochtone ainsi que leur statut — les Métis de la colonie de la Rivière-rouge n’étaient pas un groupe homogène. Certains avaient de petites fermes qu’ils entretenaient pendant toute l’année et qui étaient aménagées en bandes à partir de la rive de la rivière, de la même manière qu’elles l’étaient au Québec le long du fleuve Saint-Laurent. Certains parlaient quatre à huit mois par année pour chasser le bison,

[372] As Jones said, there was a wide spectrum of pursuits in the Métis population at the Red River Settlement; some had lives that differed little from those that government called Indians and there was a similar spectrum of pursuits by those the government did call Indians—for example, at St. Peter’s Mission in Manitoba, whether called “Indians” or “half-breeds”, most were farmers. (This was not unlike the situation on the Six Nations Reserve in southern Ontario where many on the reserve were relatively educated, and most lived by farming.)

[373] In *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (Hon. Alexander Morris, P.C., Toronto: Belfords, Clarke & Co., Publishers, 1880), relied on by Jones as accurate history, Morris described three classes of half-breeds of that area in 1876: those with farms and homes, those living with Indians and identifying with them and those who did not farm but lived like Indians by pursuing buffalo.

[374] The description of half-breeds was consistent with the Department of Interior Annual Report for 1876 which described four classes of half-breeds: those that followed the customs and habits of Indians; those that have not altogether followed the ways of the Indians; those that followed the habits of Euro-Canadians more than Indians; and those that followed the habits of Euro-Canadians and have never been recognized as anything but half-breeds.

[375] The definitional problem for government was well summarized by Jones:

The government, in a typically 19th century way, would like to ... be able to divide Half breeds into neat categories, but the

alors que d’autres pratiquaient la chasse en forêt et le piégeage de petits animaux pour leur fourrure.

[372] Comme l’a mentionné M^{me} Jones, les Métis de la colonie de la Rivière-rouge exerçaient un grand éventail d’activités; certains d’entre eux avaient un mode de vie qui n’était pas bien différent de celui adopté par ceux que le gouvernement nommait « Indiens ». L’éventail des activités exercées par ces derniers était d’ailleurs similaire à celui des Métis — par exemple, à la mission St. Peter’s, située au Manitoba, la plupart des habitants, fussent-ils « Indiens » ou « métis », étaient des agriculteurs. (Cette situation n’était pas sans rappeler celle de la réserve des Six Nations dans le Sud de l’Ontario, où de nombreux habitants de la réserve étaient relativement instruits et où la plupart d’entre eux pratiquaient l’agriculture pour assurer leur subsistance.)

[373] Dans l’ouvrage *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (hon. Alexander Morris, C.P., Toronto : Belfords, Clarke & Co., Publishers, 1880), sur lequel M^{me} Jones s’est fondée et qu’elle considère comme étant fiable d’un point de vue historique, Alexander Morris (M. Morris) décrivait trois catégories de métis vivant dans cette région en 1876 : ceux ayant des fermes et des maisons, ceux vivant avec les Indiens et s’identifiant comme tel, et ceux n’ayant pas de fermes, mais qui avaient un mode de vie similaire aux Indiens et qui chassaient le bison.

[374] Cette description des métis correspondait à celle figurant dans le rapport annuel de 1876 du ministère de l’Intérieur, qui décrivait quatre catégories de métis : ceux suivant les us et coutumes des Indiens; ceux ne suivant pas complètement les us et coutumes des Indiens; ceux suivant davantage les coutumes des Canadiens d’origine européenne que celles des Indiens et ceux suivant les coutumes des Canadiens d’origine européenne et n’ayant jamais été reconnus autrement que comme des métis.

[375] M^{me} Jones a bien résumé le problème de définition auquel fait face le gouvernement :

[TRADUCTION] Le gouvernement, dans une attitude typique du 19^e siècle, aimerait [...] être capable de séparer les métis

remarks of many observers on the ground indicate that this is not a simple task.

[376] One of the modern difficulties with the evidence of the immediate post-Confederation era was that 19th century values in Canada are racist by modern terms. People were to be neatly divided by race (or religion or language). When it came to Aboriginal peoples, the evidence is compelling that there were “Whites” and there were the “others” whether called Indians, Natives, half-breeds or even less complimentary terms. One was on one side of this divide or the other.

[377] Ms. Jones characterized the purported efforts by some Red River Métis to distinguish themselves from the “uncivilized Indians” as the attempt, in a frontier town of 10 000, to make little distinctions and most importantly motivated by the sense that “the closer you were to being considered white, the higher you were on the social scale”.

[378] This racial typology of “pure blood Indians” and “half-breeds” (even terms such as “red Indians”, savages, etc.) reflect concepts of racial identity and bloodlines which has not only been discredited but which history has taught, as with the Nuremberg Laws or apartheid, is repulsive. However, it is necessary to understand that perspective to understand not only the evidence but to assess what constitutional power was being exercised when governments enacted legislation or took some particular action or established various policies. This was a phenomenon not restricted to the Northwest as Dr. Patterson conceded. There were similar racist attitudes and language used in respect of the Mi’kmaq and other Natives in Eastern Canada.

[379] This racial stereotyping and the practices and policies of government, somewhat similar to the U.S. experience with Blacks, had the effect that many

en catégories bien définies, mais les remarques de nombreux observateurs présents sur le terrain indiquent que cela n’est pas une tâche simple.

[376] L’une des difficultés posées par l’appréciation d’éléments de preuve provenant de l’époque suivant immédiatement la Confédération est que, en termes contemporains, les valeurs canadiennes du 19^e siècle étaient racistes. Les gens devaient être catégorisés de manière bien définie selon leur race (ou leur religion, ou leur langue). En ce qui avait trait aux peuples autochtones, la preuve démontre incontestablement qu’il y avait les « blancs », et qu’il y avait les « autres », lesquels étaient nommés Indiens, Autochtones, métis, voir même d’autres termes plus péjoratifs. Il n’y avait aucune nuance.

[377] M^{me} Jones a décrit les efforts apparents de certains Métis de la rivière Rouge pour se distinguer des « Indiens non civilisés » comme étant une tentative de passer inaperçus dans une ville pionnière de 10 000 personnes, qui était surtout motivée par le sentiment que [TRADUCTION] « plus quelqu’un était près d’être considéré comme étant blanc, plus il avait une position sociale élevée ».

[378] Cette typologie raciale, qui se traduisait par l’emploi de termes tels « Indiens de sang pur » et « métis » (voire même « Indiens rouges », Sauvages, etc.), est caractéristique des concepts d’identité raciale et de lignées, qui ont non seulement été discrédités, mais dont l’histoire nous a enseigné leur caractère répugnant, à travers les lois de Nuremberg et l’apartheid. Il est cependant nécessaire de saisir cette perspective afin non seulement de comprendre la preuve, mais aussi de déterminer quel pouvoir constitutionnel était exercé lorsque les divers gouvernements édictaient des lois, prenaient une certaine mesure en particulier ou établissaient diverses politiques. Comme l’a reconnu M. Patterson, ce phénomène n’était pas limité à la région du Nord-Ouest : les Mi’kmaq et les autres peuples autochtones de l’Est du Canada aussi étaient visés par ce type d’attitude et de terminologie raciste.

[379] Les stéréotypes raciaux ainsi que les pratiques et politiques gouvernementales, qui étaient quelque peu similaires à ce qui s’était produit aux États-Unis à

individuals tried to distance themselves from the stigma of being identified as “Indian”.

[380] The dichotomy between Indian/half-breed and Whites, between civilized and uncivilized/savage was further complicated by the varying degrees of civilized behaviours or ways of life practised by the Indian/half-breeds. Even Dr. von Gernet acknowledged this variation and accepted a number of specific examples:

(a) The Pennefather Report included descriptions of the Iroquois of St. Louis. These people maintained an agricultural industry and had stone houses, a church, a school and met Bishop Taché’s description of having a “civilized lifestyle”. Regardless, they still clung to their roving habits, like some of the Métis of the Red River Settlement.

(b) That same Report also included a description of the Iroquois of St. Régis. They were all Roman Catholics, contained a number of people of mixed descent and had substantially built houses, a church and a school. They were employed as raftsmen and pilots for the HBC. They enjoyed the attributes of civilization and were not entirely unlike the Red River Métis.

(c) The Pennefather Report also included a description of the Abenakis of St. Francis. They were Roman Catholic, had an agricultural industry, worked in both Canada and the United States, had stone houses and a school. They bore some of the characteristics of 19th century “civilization”.

(d) The Pennefather Report also considered the Hurons of La Jeune-Lorette. They were described as all half-breeds, Roman Catholics and had two schools, cultivated gardens and stone houses. They were described as one of the most advanced in civilization in the whole country.

l’égard des Noirs, avaient pour effet que de nombreuses personnes tentaient de s’éloigner de la stigmatisation occasionnée par le fait d’être identifié comme étant un « Indien ».

[380] La dichotomie entre Indien/métis et Blancs, entre civilisé et non-civilisé/sauvage, devenait encore plus complexe en raison des degrés variables de comportements ou de modes de vie « civilisés » adoptés par les Indiens et par les métis. Même M. von Gernet a admis la présence d’une telle variation et l’a reconnue dans un certain nombre d’exemples précis :

a) Le rapport Pennefather contenait des descriptions des Iroquois de St-Louis. Ceux-ci pratiquaient l’agriculture, disposaient de maisons en pierre, d’une église et d’une école, et observaient un « mode de vie civilisé », selon l’évêque Taché. Ils s’accrochaient néanmoins, à l’instar de certains Métis de la colonie de la Rivière-rouge, à leurs habitudes nomades.

b) Ce même rapport contenait aussi une description des Iroquois de St-Régis. Ceux-ci étaient tous catholiques, comptaient un certain nombre de personnes d’ascendance mixte et avaient construit une quantité importante de maisons ainsi qu’une église et une école. Ils travaillaient comme draveurs ou pilotes pour la CBH. Ils jouissaient des bienfaits de la civilisation et n’étaient pas complètement différents des Métis de la rivière Rouge.

c) Le rapport Pennefather contenait aussi une description des Abénaquis de St-François. Ceux-ci étaient catholiques, pratiquaient l’agriculture, travaillaient au Canada et aux États-Unis, et disposaient de maisons de pierre et d’une école. Ils avaient certaines caractéristiques de la « civilisation » du 19^e siècle.

d) Le rapport Pennefather s’était aussi penché sur les Hurons de La Jeune-Lorette. Ceux-ci étaient décrits comme étant tous métis et catholiques, avaient deux écoles, des jardins cultivés et des maisons de pierres. Ils étaient décrits comme étant l’une des civilisations les plus avancées de tout le pays.

(e) Simcoe Kerr was a lawyer and a Six Nations Grand Chief but clearly considered an Indian.

e) Simcoe Kerr était avocat et grand chef des Six Nations, mais était clairement considéré comme étant un Indien.

(f) In a typically 19th century comment, Alexander Ross said that some Métis are respectable in their habits while others are as “improvident as the savages themselves”.

f) Dans un commentaire typique du 19^e siècle, Alexander Ross avait dit que certains Métis avaient des habitudes respectables, alors que d’autres étaient aussi [TRADUCTION] « imprévoyants que les Sauvages mêmes ».

(g) Minutes of a meeting of the Governor in Council of Assiniboia in 1869 recorded [Louis] Riel as saying that the Métis “were uneducated and only half-civilized and felt if a large immigration were to take place they would be crowded out of a country which they claim as their own but they knew they were, in a sense, poor and insignificant, that they felt so much as being treated as if they were more insignificant than they, in reality, were”.

g) Le procès-verbal d’une assemblée du gouverneur et du conseil d’Assiniboia, tenue en 1869, indiquait que Louis Riel (M. Riel) avait dit que les Métis « étaient illettrés et à demi civilisés, et sentaient qu’avec la venue d’une forte immigration, ils seraient probablement chassés d’un pays qu’ils réclamaient comme leur propriété; qu’ils savaient qu’ils étaient, sous un certain rapport, pauvres et peu nombreux, et que c’était justement la raison pour laquelle ils craignaient tant d’être traités comme s’ils étaient encore moins importants qu’ils ne l’étaient en réalité ».

(h) In sum, the “half-breed” communities varied significantly along the spectrum of so-called “civilization”, as did other Aboriginals. To that extent, von Gernet agreed with Wicken’s reference to the diversity of the Aboriginal population.

h) En résumé, il existait une grande diversité chez les collectivités « métisses », tout comme chez les autres Autochtones, en ce qui avait trait au degré de prétendue « civilisation ». À cet égard, M. von Gernet souscrivait aux propos exprimés par M. Wicken en ce qui a trait à la diversité de la population autochtone.

[381] The evidence established that the Aboriginal population was mixed, varied and interrelated. It was not possible to draw a bright line between half-breeds/Métis and Indians.

[381] La preuve établissait que la population autochtone était métissée, variée et apparentée. Il était impossible de tracer une ligne nette entre les Métis et les Indiens.

[382] There were parallels between the mixtures and varieties of the Aboriginal people of the Northwest and those in Eastern Canada. These people lived in a variety of conditions ranging from near Euro-Canadian society to that of their more traditional way of life.

[382] Il existait des parallèles entre les Autochtones du Nord-Ouest et ceux de l’Est du Canada en ce qui avait trait au métissage et à la variété de leur population. Ceux-ci vivaient dans diverses conditions, qui allaient de conditions ressemblant à celles dans lesquelles la société canadienne d’origine européenne vivait à des conditions comparables à celles de leur mode de vie traditionnel.

[383] There was a certain and indeed a significant degree of social stigma attached to being “Indian” but Euro-Canadian society seldom accepted even the most

[383] Une certaine, voire même importante, stigmatisation sociale était rattachée au fait d’être « Indien », mais la société canadienne d’origine européenne

“civilized” as part of the general population. The fact of Native connection remained as a significant divide between Euro-Canadian and Aboriginal people of whatever variety, mixture and combination.

[384] It is, at least in part, against this backdrop, in this social context, that the scope and meaning of the subsection 91(24) “Indian power” must be defined. The issue, at least in part, is “Did this federal power extend to all of these people in their varied conditions and diverse mixtures?”

(4) *The Manitoba Act, 1870/The Scrip System*

[385] The issues surrounding the *Manitoba Act, 1870*, its provision for the settlement of Indian title and its relationship to Métis has been the subject of litigation in Manitoba (see *Manitoba Métis Federation*, above). It is not the intent of this decision to impact the Manitoba litigation although it touches on some of the same areas. However, this Court’s evidence included evidence not before the Manitoba courts and covered areas of the West beyond that of Manitoba.

[386] Following Confederation, and as anticipated in *The British North America Act, 1867*, Canada acquired the Northwest Territories formerly administered by the Hudson’s Bay Company. The new legislation—*An Act for the temporary Government of Rupert’s Land and the North-Western Territory when united with Canada*, S.C. 1869, c. 3 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 7]—provided for the appointment of a Lieutenant Governor of the now-called Northwest Territories.

[387] When the first Lieutenant Governor, William MacDougall, went to the territory, the Red River Métis led by Louis Riel blocked his entry to Fort Garry and

acceptait rarement que ceux-ci, même les plus civilisés, fassent partie de la population générale. Le fait du lien autochtone restait une importante séparation entre les Canadiens d’origine européenne et les Autochtones de tout type, métissage ou combinaison.

[384] Il s’agit, du moins en partie, de la toile de fond et du contexte social dans lequel le sens et la portée de la compétence à l’égard des Indiens prévue au paragraphe 91(24) doivent être déterminés. La question à laquelle il faut répondre peut, du moins en partie, être formulée comme suit : « Cette compétence fédérale s’étend-elle à l’ensemble de ces personnes, quels que soient leurs conditions et leurs degrés de métissage? »

4) *La Loi de 1870 sur le Manitoba/le régime des certificats*

[385] Les questions entourant la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, sa disposition concernant les conditions d’établissement du titre indien et sa relation à l’égard des Métis a fait l’objet d’un litige au Manitoba (voir *Manitoba Métis Federation*, précité). Bien que certains domaines soient communs dans ces deux affaires, la Cour ne vise aucunement, par la présente décision, à s’immiscer dans le litige mettant en cause le Manitoba. Cependant, la Cour est saisie d’éléments de preuve dont ne disposaient pas les tribunaux du Manitoba et qui couvraient les territoires s’étendant au-delà du Manitoba, dans l’Ouest du pays.

[386] À la suite de la Confédération, et comme il était prévu dans l’AANB, le Canada avait acquis les Territoires du Nord-Ouest, qui étaient jusque-là administrés par la CBH. La nouvelle loi, intitulée *Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada*, S.C. 1869, ch. 3 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 7], prévoyait la nomination d’un lieutenant-gouverneur pour ce territoire maintenant nommé Territoires du Nord-Ouest.

[387] Lorsque M. MacDougall, le premier lieutenant-gouverneur, s’était rendu dans ce territoire, les Métis de la rivière Rouge, menés par M. Riel, lui avaient bloqué

prevented his assertion of Canadian authority. Riel established a provisional government. The clumsy behaviour of MacDougall, allegedly jumping from the U.S. to Canada at night to plant the flag and back again, inflamed the situation with the Métis, the details of some of the behaviour which was interesting and comical/tragic, is not germane to this case. It does, however, again establish that Canadian history and its characters were not boring.

[388] Macdonald was informed that the “rebellion” was almost entirely limited to the Roman Catholic French Métis centered around St. Boniface. The demands made by this Métis group were:

- (a) that the Indian title to the whole territory should be paid for at once;
- (b) that on account of the relationship with the Indians a certain portion of this money shall be paid to them; and
- (c) that all their (the Métis) claims to lands should at once be conceded.

[389] On December 1, 1869, a List of Rights was adopted by the French and English Métis representatives. In addition to calling for their own legislature, rejecting Canadian law until adopted by that legislature and demanding fair and full representation in the Canadian Parliament, the Métis demanded that:

Treaties be concluded and ratified between the Dominion Government and the several tribes of Indians in the Territory to ensure peace on the frontier.

[390] This demand was consistent with the joint proposal of the Canadian House and Senate in late 1867 made to the U.K. government that:

And furthermore, that upon the transference of the territories in question to the Canadian Government, the claims of the

l’entrée à Fort Garry et l’avaient empêché de procéder à l’affirmation de la souveraineté canadienne. M. Riel avait établi un gouvernement provisoire. Le comportement étrange de M. MacDougall — dont certains détails étaient à la fois intéressants et tragi-comiques — qui serait passé des États-Unis au Canada au cours de la nuit pour y planter le drapeau et serait retourné par la suite aux États-Unis, attisant ainsi la colère des Métis, n’est d’aucune pertinence dans la présente affaire. Cela démontre cependant, une fois de plus, que l’histoire du Canada et les personnages y ayant contribué n’étaient pas ennuyeux.

[388] M. Macdonald avait été informé que la « rébellion » se limitait presque exclusivement aux Métis francophones catholiques établis autour de Saint-Boniface. Ce groupe de Métis avait formulé les demandes suivantes :

- a) que le titre indien pour l’ensemble du territoire soit payé immédiatement;
- b) que, compte tenu du lien avec les Indiens, une certaine partie de ce montant leur soit versé;
- c) que l’on reconnaisse immédiatement toutes les revendications territoriales des Métis.

[389] Le 1^{er} décembre 1869, les représentants des Métis français et des Métis anglais avaient adopté la Liste des droits. En plus d’y exiger leur propre législation, de rejeter l’application du droit canadien jusqu’à ce que celui-ci soit adopté par cette législature et de demander une pleine représentation au Parlement canadien, les Métis demandaient :

Que des traités soient conclus et ratifiés entre le gouvernement de la Puissance et les diverses tribus de Sauvages dans le territoire, afin d’assurer la paix sur la frontière.

[390] Cette demande concordait avec la proposition conjointe de la Chambre des communes et du Sénat canadien présentée au gouvernement du Royaume-Uni à la fin de 1867, qui se lisait ainsi :

De plus, lors du transfert des territoires en question au gouvernement du Canada, il sera procédé, selon les principes d’équité

Indian tribes to compensation for lands required for purposes of settlement, will be considered and settled in conformity with the equitable principles which have uniformly governed the British Crown in its dealings with the aborigines.

[391] As a result of the actions of Riel's Provisional Government, in 1870 the Canadian government began negotiations with the Provisional Government leading to the creation of the Province of Manitoba—a much smaller Manitoba than now exists and which became known, at least to historians, as the “postage stamp” province due to its configuration.

[392] It was the defendants' position that the negotiations showed that the Métis considered themselves half-breeds, not Indians. One of the Métis leaders, James Ross, summarized the position in early 1870 as follows:

The fact is, we must take one side or the other. We must either be Indians and claim the privileges of Indians — certain reserves of land and annual compensation of blankets, powder and tobacco (laughter) — or else we must take the position of civilized men and claim rights accordingly.... Considering the progress we have made, and the position we occupy, we must claim the rights and privileges which civilized men in other countries claim.

[393] The statement relied on by the defendants is consistent with the other expert evidence that there was a stigma attached to being labelled “Indian” and that Red River Métis sought to put some distance between themselves and Indians. They sought to move further along the “civilized scale” towards white society.

[394] The statement also shows that these Métis had not yet established their goal of being considered “civilized”. This is evidence which shows that at least from the government perspective and the use of government power, these Métis were not considered outside the more general and varied class of “Indian”.

qui ont toujours guidé la couronne britannique dans ses rapports avec les autochtones, à l'examen et au règlement des demandes d'indemnisation présentées par les tribus indiennes au sujet des terres nécessaires à la colonisation.

[391] En raison des gestes posés par le gouvernement provisoire de M. Riel, le gouvernement du Canada avait amorcé, en 1870, des négociations avec ce gouvernement provisoire, qui avaient mené à la création de la Province du Manitoba — dont le territoire était à l'époque beaucoup plus petit que son territoire actuel et qui serait connue, du moins par les historiens, comme la province « timbre-poste », en raison de sa configuration.

[392] La thèse des défendeurs était que les négociations avaient démontré que les Métis considéraient qu'ils étaient des métis (*half-breeds*), et non des Indiens. Au début de l'an 1870, l'un des chefs métis, James Ross, avait résumé ainsi la position des Métis :

En fait, nous devons nous ranger d'un côté ou de l'autre. Nous devons soit être Indiens et réclamer les privilèges des Indiens — certaines réserves et un dédommagement annuel sous forme de couvertures, de poudre et de tabac [Rires] — soit adopter l'attitude des hommes civilisés et revendiquer des droits en conséquence [...] En tenant compte des progrès que nous avons accomplis et de la situation que nous occupons, nous devons revendiquer les droits et les privilèges auxquels prétendent les hommes civilisés des autres pays.

[393] La déclaration sur laquelle se fondent les défendeurs concorde avec les autres témoignages d'experts, selon lesquels il y avait une stigmatisation rattachée au fait d'être qualifié d'« Indien » et que les Métis de la rivière Rouge tentaient de se distancer de ceux-ci. Ils visaient à grimper dans « l'échelle de civilisation », pour se rapprocher de la position sociale de la société blanche.

[394] La déclaration démontre aussi que les Métis n'avaient pas encore établi leur objectif d'être considérés comme « civilisés ». Il s'agit d'éléments de preuve qui démontrent, du moins selon la perspective du gouvernement et l'exercice du pouvoir gouvernemental, que ces Métis n'étaient pas considérés comme étant distincts de la catégorie générale et diversifiée des « Indiens ».

[395] On April 25, 1870, the Métis delegates who had been sent to Ottawa to negotiate what became Manitoba's entry into Confederation met with Macdonald and Cartier to discuss the compensation claim for lands. A Métis delegate, Reverend Noël-Joseph Ritchot (Ritchot), recorded the responses to the positions taken by Macdonald and Cartier that the Métis of the Red River could not claim the rights of settlers of the Northwest as "civilized" men and also claim the privileges granted to Indians.

[396] In an often-quoted passage from Ritchot's Journal relied on for the argument that Métis were not Indians, Ritchot records the Métis' position in these negotiations:

They did not claim them (the privileges granted to Indians). They wish to be treated like the settlers of other provinces and it is reasonable. Well, while the Métis wish to be treated like the settlers of other provinces and they did not claim the privileges of Indians they nonetheless wanted certain land rights as descendant of Indians.

[397] The sentiment of that statement, indicative of Métis having one foot in each camp, is carried forward to modern day. More pertinent to this litigation, it was a continuing theme of Métis leadership during the immediate post-Confederation era.

[398] In considering the evidentiary value of this evidence, it is important to recognize that the comments reflect the situation of the Red River Métis and not the situation of the other Métis in the Northwest. The Red River Métis, as reflected by these negotiators were "Fathers of Confederation" and if not treated equally with Whites, it is reasonable to conclude that they had a status akin to an enfranchised Indian. An enfranchised Indian was considered "civilized" and avoided the strictures of the *Indian Act* but was nevertheless an Indian for constitutional purposes. The same cannot be said for all Métis either in the then Manitoba or more

[395] Le 25 avril 1870, les délégués métis qui avaient été envoyés à Ottawa pour négocier l'entrée dans la Confédération du territoire qui allait devenir la Province du Manitoba avaient rencontré MM. Macdonald et Cartier pour discuter des indemnités relatives aux revendications territoriales. L'un des délégués métis, le révérend Noël-Joseph Ritchot (le rév. Ritchot), avait consigné les réponses données par les délégués aux positions adoptées par MM. Macdonald et Cartier, selon lesquelles les Métis de la rivière Rouge ne pouvaient prétendre aux droits d'hommes « civilisés » dont jouissaient les colons du Nord-Ouest, et aussi revendiquer les privilèges accordés aux Indiens.

[396] Dans un passage du journal du rév. Ritchot qui a souvent été cité pour invoquer que les Métis n'étaient pas des Indiens, le rév. Ritchot y consigne la position adoptée par les Métis dans le cadre de ces négociations :

[TRADUCTION] Ils ne les réclament pas (les privilèges accordés aux Indiens). Ils veulent être traités comme les habitants des autres provinces, et c'est raisonnable. En fait, bien que les Métis souhaitent être traités comme les habitants des autres provinces et qu'ils n'aient pas réclamé les privilèges accordés aux Indiens, ils voulaient néanmoins, en tant que descendants des Indiens, obtenir certains droits fonciers.

[397] L'impression qui découlait de cette déclaration, selon laquelle les Métis avaient un pied dans chaque camp, persiste encore de nos jours. Encore plus pertinent pour les besoins du présent litige, il s'agissait d'un thème récurrent chez les dirigeants métis au cours de la période suivant immédiatement la Confédération.

[398] Il est important de reconnaître, dans l'appréciation de la valeur probante de cet élément de preuve, que ces commentaires reflètent la situation des Métis de la rivière Rouge, et non celle des autres Métis du Nord-Ouest. Les Métis de la rivière Rouge étaient des « Pères de la Confédération », comme en témoigne la présence de négociateurs, et, s'ils n'étaient pas traités de manière égale aux Blancs, il est raisonnable de conclure que ceux-ci avaient un statut similaire à celui d'un Indien émancipé. Un Indien émancipé était considéré comme « civilisé » et n'était pas assujéti aux restrictions prévues à la *Loi sur les Indiens*, mais était néanmoins un

generally in other areas of Western Canada or in other locations in Canada.

[399] The end result was the passing of *An Act to amend and continue the Act 32 and 33 Victoria, chapter 3; and to establish and provide for the Government of the Province of Manitoba*, S.C. 1870, c. 3 (*Manitoba Act, 1870*) which provided [section 31]:

Provision as to Indian Title. Grant for half-breeds.

31. And whereas, it is expedient, towards the extinguishment of the Indian Title to the lands in the Province, to appropriate a portion of such ungranted lands to the extent of one million four hundred thousand acres thereof, for the benefit of the families of the half-breed residents, it is hereby enacted, that, under regulations to be from time to time made by the Governor General in Council, the Lieutenant-Governor shall select such lots or tracts in such parts of the Province as he may deem expedient, to the extent aforesaid, and divide the same among the children of the half-breed heads of families residing in the Province at the time of the said transfer to Canada, and the same shall be granted to the said children respectively, in such mode and on such conditions as to settlement and otherwise, as the Governor General in Council may from time to time determine. [Emphasis by Court.]

[400] The term “towards the extinguishment of the Indian Title” has been the subject of other litigation. This Court is not in a position nor is it necessary for the resolution of the issues here, to determine whether Métis/half-breeds had Indian title to be extinguished or what Indian title may have meant at the time. The case before the Court is not one of Aboriginal rights and title.

Indien au sens de la constitution. On ne peut en dire autant pour l'ensemble des Métis, que ce soit dans ce qui constituait alors le Manitoba, ou, plus généralement, dans les autres régions de l'Ouest du Canada, ou dans l'ensemble du pays.

[399] Le résultat final fut l'adoption de l'*Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province de Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (la *Loi de 1870 sur le Manitoba*), qui prévoyait ce qui suit [à l'article 31] :

31. Et Considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les titres des Sauvages aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non-concédées, jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des Métis résidents, il est par le présent décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille métis domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada, et ces lots seront concédés aux dits enfants respectivement, d'après le mode et aux conditions d'établissement et autres conditions que le gouverneur-général en conseil pourra de temps à autre fixer. [Non souligné dans l'original.]

Quant aux titres des Sauvages. Concessions en faveur des Métis.

[400] L'expression « dans le but d'éteindre les titres des Sauvages » [ou « l'extinction du titre indien »] a fait l'objet d'un autre litige. La Cour n'est pas en position de trancher la question de savoir si les Métis [*half-breeds*] possédaient un titre indien susceptible d'extinction, ou quelle était la signification d'un titre indien à l'époque. Il n'est toutefois pas nécessaire de répondre à ces questions pour résoudre le présent litige. L'affaire dont la Cour est saisie ne porte pas sur les droits ancestraux et le titre aborigène.

[401] The importance of the provision is that it was made in reference to Métis and Indians and the direct connection between the two. It is only one fact in a complex matrix of facts where Métis and Indians were linked in the exercise of federal jurisdiction and the use of the tools associated with the exercise of the Indian power, e.g. treaty provisions, residential schools, reserves, prohibited conduct.

[402] There is considerable conflict in the expert evidence, particularly between Jones and von Gernet, as to the context and significance of this provision and the events surrounding its creation and implementation.

[403] Von Gernet put considerable weight on Ritchot's diary and the Métis' original position that they ought not to claim the privileges granted to Indians but to be treated as settlers. It was Ritchot's intervention that Métis wished certain land rights as descendants of Indians that muddied the Métis' position. This so-called "Ritchot's nuance" led Macdonald to accommodate this new position by extinguishing Indian claims. As a result of this confusion of the Métis' position, Macdonald repeated, in the House, his explanation of the extinguishment of title and his analogy, false though it may be, with United Empire Loyalists.

[404] Jones places less emphasis on the Ritchot nuance and attributes Macdonald's position to the need of the federal government to control public lands while making settlement with the Indians as part of Canada's responsibilities inherited on the purchase of Rupert's Land including the "Indian title" of, as Macdonald said, "the representatives of the original tribes ... the half-breeds". It was Jones' view that Macdonald had concluded that the best way of dealing with half-breeds was to give small grants of land for them and their children out of a reserve of land for half-breeds. This was an administrative way to allocating communal lands held in trust as Indian reserves, as had been done

[401] L'importance de cette disposition provient du fait qu'elle renvoie aux Métis et aux Indiens, ainsi qu'au lien direct entre les deux. Il ne s'agit que d'un élément d'un ensemble complexe de faits, où les Métis et les Indiens étaient liés dans le contexte de l'exercice de la compétence fédérale et de l'utilisation des outils associés à l'exercice du pouvoir à l'égard des Indiens, par exemple, les dispositions des traités, les pensionnats, les réserves et les comportements prohibés.

[402] Il existe des divergences considérables entre les témoignages des experts, et surtout entre celui de M^{me} Jones et celui de M. von Gernet, en ce qui a trait au contexte dans lequel s'inscrivait cette disposition, à l'importance de cette dernière et aux événements entourant sa création et sa mise en œuvre.

[403] M. von Gernet a accordé un poids considérable au journal du rév. Ritchot et à la position initiale des Métis, selon laquelle ils ne devaient pas revendiquer les privilèges accordés aux Indiens, mais plutôt être considérés comme des colons. C'était l'intervention du rév. Ritchot, portant que les Métis, en tant que descendants des Indiens, souhaitaient obtenir certains droits fonciers, qui avait embrouillé la position des Métis. Cette prétendue « nuance de Ritchot » avait conduit M. Macdonald à répondre à cette position par l'extinction des revendications indiennes. En raison de cette confusion dans la position des Métis, M. Macdonald avait répété, à la Chambre, son explication au sujet de l'extinction du titre et de son analogie, aussi erronée fut-elle, avec les Loyalistes de l'Empire-Uni.

[404] M^{me} Jones met moins l'accent sur la nuance du rév. Ritchot et attribue la position de M. Macdonald à la nécessité, pour le gouvernement fédéral, de contrôler les terres publiques pendant qu'il concluait des ententes avec les Indiens afin de gérer les responsabilités dont le Canada avait hérité lors de l'achat de la Terre de Rupert, y compris le « titre indien » détenu, comme l'avait affirmé M. Macdonald, par [TRADUCTION] « les représentants des tribus d'origine [...] les métis ». M^{me} Jones était d'avis que M. Macdonald avait conclu que la meilleure option en ce qui avait trait aux métis était de leur donner, pour eux et pour leurs enfants, de petits lots de terre sur des réserves créées pour eux. Il s'agissait d'un moyen

in the Robinson Treaties. This allowed Macdonald to give the Métis their desired guarantee of protection for their lands without the policy baggage of the *Indian Act* including wardship.

[405] It was Jones' view that the Métis wanted more than the rights of settlers—they claimed that they had rights because they were related to Indians; they had rights as people who were indigenous to the territory. Therefore, the land reserved for Métis was not a misconception caused by Ritchot nor an erroneous assertion of Indian title but a government policy to deal with whatever title or interest was being separated from the *Indian Act* which required people called Indians to lose their right to vote, to buy liquor, and to hold their land individually. It was a recognition that Métis as half-breeds had some claim to Indian land or rights therein.

[406] The scrip system allowed half-breeds in Manitoba to accept scrip (a document giving title to an unspecified piece of land of 160 acres or \$160) which was transferable. Later and in other parts of the Northwest the land and money changed to 240 acres or \$240. There were numerous incidents of land speculators buying up scrip and, after the money was spent, the half-breed was left destitute.

[407] While there was confusion among some opposition members as to the scrip system, twice in the May 2, 1870 debate, Macdonald referred to the allocation of lands to the half-breeds as being “for the purpose of extinguishing the Indian title”.

[408] While the reservation of 1.4 million acres was provided for, the land could not be immediately handed

administratif de distribuer des terres communes, détenues en fiducie à titre de réserves indiennes, qui avait aussi été employé dans le contexte des traités Robinson. Cela avait permis à M. Macdonald d'accorder aux Métis ce que ces derniers recherchaient, soit une garantie de protection à l'égard de leurs terres, sans être assujettis aux mécanismes prévus à la *Loi sur les Indiens*, notamment la tutelle.

[405] M^{me} Jones était d'avis que les Métis en voulaient davantage que les droits accordés aux colons — ils prétendaient qu'ils bénéficiaient de droits, car ils étaient liés aux Indiens; qu'ils avaient des droits en tant que peuple indigène du territoire. Par conséquent, la terre réservée pour les Métis n'était pas une méconnaissance occasionnée par le rév. Ritchot, ni une revendication erronée d'un titre indien, mais plutôt une politique du gouvernement pour régler la situation causée par quelque titre ou intérêt, sans avoir recours à la *Loi sur les Indiens*, une loi qui entraînait, chez les personnes ayant le statut d'Indien, la perte des droits de voter, d'acheter de l'alcool et de posséder des terres à titre individuel. Il s'agissait d'une reconnaissance que les Métis, en raison de leur ascendance mixte, avaient certains droits sur les terres indiennes.

[406] Le régime des certificats permettait aux métis du Manitoba d'accepter un certificat (un document qui leur donnait un titre sur un lot de terre non spécifié d'une superficie de 160 acres, ou 160 \$), lequel était aliénable. Par la suite, et dans d'autres parties du Nord-Ouest, la superficie des lots de terre et le montant offert étaient passés à 240 acres ou 240 \$. Dans de nombreux cas, des spéculateurs fonciers avaient acheté le certificat, et le métis qui le détenait, après avoir dépensé le montant reçu en contrepartie, était laissé dans l'indigence.

[407] Bien qu'il ait régné une certaine confusion parmi les députés siégeant dans l'opposition à l'égard du régime des certificats, M. Macdonald avait mentionné deux fois, lors des débats tenus le 2 mai 1870, que l'allocation de terres aux métis était « afin d'abolir le droit de propriété des Indiens ».

[408] Bien que l'on ait prévu la mise de côté de 1,4 million d'acres de terre, les terres ne pouvaient être

over because, as Macdonald said, the Dominion needed control of the land “so that the Pacific Railway could be built”.

[409] As to who may be entitled to claim, Cartier, who had been a representative in the Rupert’s Land Terms of Agreement negotiation, stated that “any inhabitant of the Red River country having Indian blood in his veins was considered to be an Indian”.

[410] Aside from the possible hyperbole in this statement, it is consistent with the weight of credible evidence in this case in expressing the general view of who was considered, at least from the Euro-Canadian perspective, to be an “Indian”. The view that “Indian” did not necessarily mean pure blood was acknowledged in a legal opinion from the Office of the Attorney General of Upper Canada, at the time Macdonald was Attorney General, that:

... it is impossible to contend that the word Indian in the 1850 Act is restricted to Indians of pure blood, and [the Attorney General] is not aware of any legal decision where it is interpreted that way.

[411] Whatever the merits of the extinguishment issue, both experts recognized that treating half-breeds as Indians, as if they had Indian title, persisted for decades. As Jones noted, the scrip system operated between 1870 and 1930 and reflects that the federal government accepted the existence of a title or interest on the part of Indians that had to be addressed in some way. Scrip was described in much of the documentation and legislation, up until the mid-1920s, as being “in extinguishment of Indian title” and the concept was carried through all scrip legislation.

[412] Whether the Métis/half-breeds had Indian title in law is less important than the fact that, immediately

transférées sur-le-champ, car, comme l’avait affirmé M. Macdonald, le Dominion avait besoin de contrôler le territoire [TRADUCTION] « afin que le Chemin de fer du Pacifique puisse être construit ».

[409] Quant à l’identité des personnes ayant le droit de présenter une revendication, M. Cartier, qui avait agi comme représentant lors de la négociation des Conditions de l’accord sur la Terre de Rupert, avait déclaré que « tout habitant de la Rivière Rouge, qui a du sang indien dans les veines, passe pour un Indien ».

[410] Cette déclaration, hormis la possible hyperbole qu’elle contient, concorde avec l’ensemble des éléments de preuve crédibles dans la présente affaire en ce qui concerne l’opinion générale quant à la question de savoir qui était considéré, du moins selon la perspective des Canadiens d’origine européenne, comme étant « Indien ». L’opinion selon laquelle le terme « Indien » ne signifiait pas nécessairement « sang pur » était reconvenue dans un avis juridique du Bureau du procureur général du Haut-Canada, qui datait de l’époque à laquelle M. Macdonald occupait ce poste, selon lequel :

[TRADUCTION] [...] il est impossible de prétendre que le terme « Indien », tel qu’employé dans la loi de 1850, est limité aux Indiens de sang pur et que [le procureur général] n’a pas connaissance de décisions juridiques dans lesquelles il est interprété de cette manière.

[411] Que la question de l’extinction soit bien ou mal fondée, les deux experts ont reconnu que le fait de traiter les métis comme s’ils étaient des Indiens et comme s’ils avaient un titre indien avait perduré pendant des décennies. Comme l’a relevé M^{me} Jones, le régime des certificats avait été en vigueur de 1870 à 1930 et attestait le fait que le gouvernement fédéral avait accepté que les Indiens détiennent un titre ou un intérêt, et qu’il devait répondre à cette situation d’une manière ou d’une autre. Jusqu’au milieu des années 1920, les certificats étaient décrits, dans une bonne partie de la documentation et de la législation, comme constituant « l’extinction du titre indien », et ce concept avait été transposé dans l’ensemble de la législation relative aux certificats.

[412] La question de savoir si les Métis [*half-breeds*] détenaient, en droit, un titre indien est moins importante

post-Confederation, half-breeds were considered as closely associated with “Indians” and part of the problem to be solved to permit expansion, settlement and the building of the railway, all as contemplated in *The British North America Act, 1867*.

[413] The defendants put considerable reliance on a statement by Macdonald in the *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada* [5th Parl., 3rd Sess., 48-49 Vict.] on July 6, 1885 in which he recanted his description that the land reserved for Métis was for the “extinguishment of Indian title”. Macdonald is reported to have said [at page 3113]:

Whether they had any right to those lands or not was not so much the question as it was a question of policy to make an arrange[ment] with the inhabitants of that Province, in order, in fact, to make a Province at all — in order to introduce law and order there and assert the sovereignty of the Dominion.... 1,400,000 acres would be quite sufficient for the purpose of compensating these men for what was called the extinguishment of the Indian title. That phrase was an incorrect one, because the half-breeds did not allow themselves to be Indians. If they were Indians, they go with the tribe; if they are half-breeds they are whites, and they stand in exactly the same relation to the Hudson Bay Company and Canada as if they were altogether white. That was the principle under which the arrangement was made and the Province of Manitoba was established. [Emphasis by Court.]

[414] Quite apart from the caution with which courts must approach comments in Hansard as being a basis for legal conclusions, Jones points out other reasons including context of the statement and continued scrip use of the concept which undermine the weight this statement should be given as reflecting what was understood by the word “Indian” for purposes of the constitutional power.

[415] The notion that scrip was given to extinguish Indian title was reiterated over 65 years. Most importantly, it was reiterated between 1870 and Macdonald’s

que le fait que, immédiatement après la Confédération, les métis étaient considérés comme étant étroitement liés aux Indiens et comme étant une partie du problème à régler pour permettre l’expansion, la colonisation et la construction du chemin de fer, qui étaient toutes prévues dans l’AANB.

[413] Les défendeurs accordent une importance considérable à une déclaration prononcée par M. Macdonald lors des débats de la Chambre des communes du 6 juillet 1885 [*Débats de la Chambre des communes du Canada, 5^e lég., 3^e sess., 48-49 Vict.*], dans laquelle il était revenu sur sa description selon laquelle les terres réservées pour les Métis visaient « l’extinction du titre Indien ». Voici les propos de M. Macdonald, tels que rapportés [à la page 3209] :

Il ne s’agissait pas tant de savoir s’ils avaient ou non droit à ces terres, que de faire un arrangement avec les habitants de cette province, afin de constituer une province de fait, dans le but d’y faire pénétrer la loi et l’ordre et d’affirmer la souveraineté de la Confédération [...] 1 400 000 acres de terre suffisaient amplement à compenser ce qu’on appelait l’extinction du titre sauvage.

Cette expression était incorrecte, parce que les Métis ne voulaient pas être des sauvages. S’ils sont sauvages, ils iront avec les tribus; s’ils sont Métis, ce sont des blancs, et à l’égard de la Compagnie de la Baie-d’Hudson et du Canada, ils occupent exactement la même position que s’ils étaient tout à fait blancs. C’est en vertu de ce principe que l’arrangement a été conclu et la province constituée. [Non souligné dans l’original.]

[414] Abstraction faite de la prudence dont les cours doivent faire preuve lorsqu’elles fondent des conclusions de droit sur des passages du Hansard, M^{me} Jones souligne d’autres raisons, notamment le contexte dans lequel s’inscrivait cette déclaration et le fait qu’on avait continué d’avoir recours aux certificats pour éteindre le titre indien, qui ont pour effet de diminuer le poids qu’on doit accorder à la thèse selon laquelle cette déclaration reflétait l’interprétation du terme « Indiens » pour les besoins de la compétence constitutionnelle.

[415] La notion selon laquelle les certificats étaient donnés pour éteindre le titre indien avait été réitérée pendant plus de 65 ans. Plus important encore, elle avait

1885 statement by both the government of Macdonald and its replacement Liberal government:

- In 1876 when *The Indian Act, 1876* [S.C. 1876, c. 18] was introduced by the Liberal government of Alexander Mackenzie, the Minister explained that “lands had been given to half-breeds in order to extinguish their title”.

- The phrase “the extinguishment of the Indian Title” as it relates to half-breeds is repeated again and again in subsequent legislation including the *Dominion Lands Act* in 1879 and 1883 (when the scrip system was extended to what is now other parts of Manitoba, Saskatchewan and Alberta) and all of the orders in council establishing scrip conditions.

- Similar language was used in the 1873 Half-Breed Treaty No. 3 Adhesion reflective of the *Manitoba Act, 1870* language of compensation in exchange for the surrender or commutation of half-breed claims by virtue of their Indian blood.

- In April 1885 correspondence between the Half-Breed Commissioner and the Minister of the Interior, the Minister agreed to an amendment to the Order in Council related to scrip to ensure that half-breeds were able to claim land as settlers in addition to the scrip they were entitled to receive in exchange for Indian title.

- The resulting Order in Council dated April 17, 1885 (three months before his recantation) signed by Macdonald specified that the scrip was issued to extinguish Indian title.

[416] The context in which Macdonald made his July 1885 statement was, as pointed out by Jones, in response to an opposition motion accusing the Conservative government of having caused the 1885 Riel Rebellion

été réitérée entre 1870 et la déclaration prononcée par M. Macdonald en 1885, autant par le gouvernement Macdonald que par le gouvernement libéral qui lui avait succédé :

- En 1876, lors de l’adoption de l’*Acte des Sauvages, 1876* [S.C. 1876, ch. 18] (tel était le titre officiel français de la *Loi sur les Indiens* à cette époque) par le gouvernement libéral d’Alexander Mackenzie, le ministre avait expliqué que [TRADUCTION] « les terres avaient été concédées aux métis dans le but d’éteindre leur titre ».

- L’expression « éteindre les titres des Sauvages », en ce qui concerne les métis, avait été répétée à maintes reprises dans les lois subséquentes, y compris dans l’*Acte des Terres fédérales* de 1879, en 1883 (lorsque l’application du système des certificats avait été étendue à ce qui constitue maintenant d’autres parties du Manitoba, de la Saskatchewan et de l’Alberta) ainsi que dans les décrets en conseil dans lesquels les conditions des certificats étaient établies.

- Des termes similaires, correspondant aux dispositions de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* relatives à la compensation en échange de la cession ou substitution des revendications des métis fondées sur leur sang indien, avaient été employés dans l’Adhésion des métis au Traité n° 3 [1873].

- Dans un échange d’avril 1885 entre le commissaire des métis et le ministre de l’Intérieur, le ministre avait accepté une modification au décret en conseil relatif aux certificats, modification prévoyant que les métis pouvaient revendiquer des terres à titre de colons, en plus du certificat qu’ils avaient droit de recevoir en contrepartie du titre indien.

- Le décret en conseil qui en avait découlé, daté du 17 avril 1885 et signé par M. Macdonald (trois mois avant que ce dernier se rétracte), précisait que le certificat était délivré pour éteindre le titre indien.

[416] Comme l’a souligné M^{me} Jones, M. Macdonald avait fait sa déclaration de juillet 1885 dans le contexte d’une réponse à une motion de l’opposition, dans laquelle cette dernière accusait le gouvernement conservateur

by neglect, delay and mismanagement. At this time Riel was awaiting trial. Macdonald had been subject to a seven-hour speech by the Opposition Leader attacking him for the delay in implementing scrip outside Manitoba which was authorized under the *Dominion Lands Act 1879 (An Act to amend and consolidate the several Acts respecting the Public Lands of the Dominion, S.C. 1879, c. 31)*.

[417] Macdonald's statement concerning the history of scrip in Manitoba was made in the early hours of the morning after hours of attack in Parliament and contained a number of inaccuracies including that there were few half-breeds in the Northwest Territories at the time and that half-breeds were treated the same as Whites when in fact they received more land than white settlers.

[418] The statement, Jones opined, stands in isolation not only to what came before but also what came after. For example:

- The 1898 Order in Council authorizing a new scrip commission regarding Treaty No. 8 referred to the extinguishment of Aboriginal title of half-breeds.
- A subsequent Order in Council in 1899 regarding Athabasca noted that the half-breeds had their rights in land by virtue of their Indian blood and that while there may be differences of degree between Indian and half-breed rights, they were co-existent and had to be extinguished.
- From Treaty No. 8 in 1899 to Treaties Nos. 9, 10 and 11 [1921], the federal government dealt with Indians and half-breeds at the same time.
- Liberal Prime Minister Wilfred Laurier in the Commons Debate of July 3, 1899 regarding the 1899

d'avoir causé, par sa négligence, sa lenteur et sa mauvaise gestion, la rébellion de Riel en 1885. M. Riel était alors en attente de son procès. Le chef de l'opposition, dans un discours de plus de sept heures, avait critiqué M. Macdonald pour le retard de son gouvernement à mettre en œuvre le régime des certificats à l'extérieur du Manitoba, mise en œuvre ayant été autorisée par l'*Acte des terres fédérales* de 1879 (*Acte à l'effet d'amender et refondre les divers actes concernant les Terres publiques fédérales, S.C. 1879, ch. 31*)

[417] M. Macdonald avait prononcé sa déclaration concernant l'histoire du régime de certificats au Manitoba au petit matin, après avoir fait l'objet d'attaques pendant des heures au Parlement, et la déclaration contenait un certain nombre d'inexactitudes, notamment qu'il y avait peu de métis dans les Territoires du Nord-Ouest à cette époque et que les métis étaient traités de la même manière que les Blancs, alors que, dans les faits, ils avaient reçu plus de terres que les colons blancs.

[418] M^{me} Jones est d'avis que la déclaration va non seulement à l'encontre de ce qui s'était passé précédemment, mais aussi de ce qui s'est produit par la suite. Par exemple :

- Le décret en conseil de 1898 autorisant la création d'une nouvelle commission des Métis à l'égard du Traité n° 8 mentionnait l'extinction du titre aborigène des métis.
- Un décret en conseil subséquent, qui concernait la région d'Athabasca et qui avait été pris en 1899, indiquait que les métis disposaient de droits à la terre sur le fondement de leur sang indien et que, malgré l'existence de possibles différences de degrés entre les droits des Indiens et ceux des métis, les deux types de droits coexistaient et devaient être éteints.
- À partir du Traité n° 8 de 1899, ainsi que dans les Traités n^{os} 9, 10 et 11 [1921], le gouvernement fédéral avait traité en même temps avec les Indiens et les métis.

- Le premier ministre libéral Wilfred Laurier, lors des débats du 3 juillet 1899 à la Chambre des communes,

amendments to the Dominion Lands Act referred to the Indian title of half-breeds being extinguished.

- The 1899 amendments to the Dominion Lands Act refer to satisfaction of claims of half-breeds arising out of the extinguishment of Indian title.
- In 1921 when Treaty No. 11 was concluded and the final Half-Breed Commission established, Prime Minister Arthur Meighen noted that scrip is for the extinguishment of Indian title.

[419] Jones puts forward other instances where the federal government referred to half-breeds extinguishing their Indian title. These include legal opinions and litigation in the 1920s and 1930s regarding compensation to the western provinces for loss of public lands. This evidence is not as persuasive as to what was understood by the term “Indian” in the creation of the Indian power because it significantly postdates 1867 but it shows a consistency of understanding that half-breeds (which included Métis) were considered as “Indians” for various legal purposes.

[420] What can be said about most of the post-1867 evidence is that the early post-1867 evidence shows that half-breeds were considered as at least a subset of a wider group of Aboriginal-based people called “Indians”. What the latter evidence shows is that Canada was prepared to exercise jurisdiction over half-breeds, to use Indian power-like methods and to justify such exercise of jurisdiction as the exercise of subsection 91(24) along with the power to control Dominion lands.

[421] In the scrip system the federal government offered Métis land or money in scrip form in lieu of treaty. In offering Métis scrip, the federal government treated

lesquels portaient sur les modifications apportées en 1899 à l’Acte sur les terres fédérales, avait fait référence à l’extinction du titre indien détenu par les métis.

- Les modifications de 1899 apportées à l’Acte sur les terres fédérales faisaient état de la satisfaction des revendications des métis par suite de l’extinction du titre indien.
- En 1921, lors de la conclusion du Traité n° 11 et de l’établissement de la dernière commission des Métis, le premier ministre Arthur Meighen avait mentionné que les certificats visaient l’extinction du titre indien.

[419] M^{me} Jones a présenté d’autres exemples où le gouvernement avait fait référence à l’extinction du titre indien détenu par les métis, notamment des avis juridiques et des litiges qui dataient des années 1920 ainsi que des années 1930 et qui concernaient l’indemnité accordée aux provinces de l’Ouest pour la perte de terres publiques. Cette preuve n’est pas aussi convaincante pour déterminer le sens donné au terme « Indiens » lors de la création de la compétence à l’égard des Indiens, car elle est significativement postérieure à 1867, mais elle démontre qu’il existait une constance quant à la compréhension que les personnes d’ascendance mixte (y compris les Métis) étaient considérés comme des « Indiens » pour diverses fins juridiques.

[420] Le portrait global que l’on peut dresser de la preuve provenant de l’époque suivant 1867 est que, dans les années immédiatement après 1867, les métis étaient considérés comme étant, au moins, un sous-ensemble d’un plus grand groupe d’Autochtones nommé « Indiens ». La preuve relative à la partie plus tardive de cette époque démontre que le Canada était disposé à exercer sa compétence à l’égard des métis, à utiliser des méthodes similaires à celles qu’il employait dans le contexte de sa compétence à l’égard des Indiens et à invoquer le paragraphe 91(24), ainsi que son pouvoir sur les terres publiques fédérales, pour justifier l’exercice de cette compétence.

[421] Sous le régime des certificats, le gouvernement fédéral offrait, au lieu d’un traité, des terres ou de l’argent aux Métis sous forme de certificats. En offrant des

the Métis differently than other Indians. The alternative of taking treaty is more clearly the exercise of the Indian power. The federal government would have had no basis to extend treaty protection unless those people to whom it was extended were “Indians”.

[422] The use of scrip was only one policy option used in dealing with half-breeds. As Jones pointed out, over the same period various options were used depending on the half-breed/Métis group. These included:

- Accepting treaty and living on reserves.
- A hybrid system whereby an Aboriginal person could accept treaty and 160 acres of land off-reserve held in trust. This system was used in Treaties Nos. 8 and 10.
- The readmission to treaty even after scrip was taken such as the Bobtail Band.
- The creation of “half-breed reserves” as occurred at St.-Paul-des-Métis.

D. Other Examples—Half-breeds and Subsection 91(24)

[423] Both parties refer to a number of post-Confederation events (other than those already covered) but draw different conclusions from such events.

(1) Adhesion to Treaty No. 3

[424] Prior to the Treaty No. 3 negotiations, the Ojibway Chief asked Treaty Commissioner Morris whether 15 families of half-breeds living on the Rainy River could be included in the treaty.

certificats aux Métis, le gouvernement fédéral les traitait différemment des autres Indiens. Le choix d’adhérer au traité était, plus clairement, le résultat de l’exercice de la compétence à l’égard des Indiens. Le gouvernement fédéral n’avait pas eu d’autre fondement pour élargir la protection conférée par un traité, à moins que les personnes visées par cet élargissement n’aient été des « Indiens ».

[422] Le recours aux certificats était seulement l’une des politiques qui avaient été utilisées à l’égard des métis. Comme M^{me} Jones l’a souligné, diverses solutions avaient été retenues pendant cette période, en fonction du groupe métis visé. Ces solutions comprenaient notamment :

- La décision d’adhérer au traité et de vivre dans des réserves.
- Un régime hybride, au titre duquel un Autochtone pouvait adhérer au traité et obtenir une terre de 160 acres située hors réserve, jusque-là détenue en fiducie. Ce régime avait été employé dans les Traités n^{os} 8 et 10.
- La réadmission au traité, même après l’acceptation du certificat, comme dans le cas de la Bande de Bobtail.
- La création de « réserves métisses », comme cela avait été le cas à Saint-Paul-des-Métis.

D. Les métis et le paragraphe 91(24) — Autres exemples

[423] Les deux parties renvoient à un certain nombre de faits s’étant produits après la Confédération (en plus de ceux déjà abordés), mais n’en tirent pas les mêmes conclusions.

1) L’Adhésion au Traité n° 3

[424] Avant les négociations relatives au Traité n° 3, le chef des Ojibways avait demandé au commissaire des traités Morris si les 15 familles métisses vivant à la rivière à la Pluie pouvaient être incluses dans le traité.

[425] This group of half-breeds had previously been enumerated in 1871 when they were noted to be inter-married with Ojibway peoples of the area. Some of the half-breeds lived in settlements of their own but hunted together with the Ojibway.

[426] The fate of these half-breeds was raised during the Treaty negotiations. The government response was to seek instructions from Ottawa.

[427] The final conclusion from Ottawa was that the federal government had no objection to half-breeds outside of Manitoba who had married Indian women and adopted Indian habits to choose to be treated as Indians rather than as half-breeds.

[428] In September 1875 the Surveyor General of Dominion Lands entered into an “adhesion” with the half-breeds of Rainy River and Lake. That Adhesion contained a clause “subject to approval and confirmation by the Government, without which the same shall be null as void and of no effect”. No record of such approval was ever discovered.

[429] However, at about that time, the Indian Commissioner Provencher established a policy against acknowledging groups of half-breeds as a special group distinct from Indian bands around them. His concern was that to recognize such a distinction could create “a new class of inhabitants, placed between the Whites and the Indians”.

[430] The result was that in 1876 *The Indian Act, 1876* was passed and the Indian Affairs branch took the position that “the Department cannot recognize separate Half breeds bands”. Consequently these Rainy River half-breeds were given their reserve but were required to join the much smaller Little Eagle Band for which an adjacent reserve had been surveyed.

[425] Ce groupe de métis avait précédemment été recensé en 1871; on y avait alors relevé que les membres de ce groupe s'étaient mariés avec des Ojibways de la région. Un certain nombre de ces métis vivaient dans leurs propres établissements, mais chassaient avec les Ojibways.

[426] Le sort de ces métis avait été soulevé pendant le processus de négociation du traité. Les représentants du gouvernement avaient alors demandé des instructions à Ottawa.

[427] Le gouvernement fédéral avait alors tranché qu'il ne s'opposait pas à ce que les métis à l'extérieur du Manitoba qui avaient épousé des Indiennes et qui avaient adopté des coutumes indiennes puissent choisir d'être traités comme étant des Indiens plutôt que des métis.

[428] En septembre 1875, l'arpenteur général des terres fédérales avait conclu une « adhésion » avec les métis de la rivière et du lac à la Pluie. Cette Adhésion contenait une clause prévoyant que l'entente devra [TRADUCTION] « être approuvée et confirmée [...] par le gouvernement, sans quoi elle sera [...] nulle et non avenue ». On n'a jamais découvert de preuve d'une telle approbation.

[429] Cependant, à peu près à ce moment-là, le commissaire des sauvages, M. Provencher, avait établi la politique de ne pas reconnaître que les groupes de métis étaient des groupes spéciaux, distincts des bandes indiennes de leurs environs. Il était préoccupé par le fait qu'une telle reconnaissance puisse créer « une nouvelle classe d'habitants, placée entre les Sauvages et les blancs ».

[430] Il s'en était suivi que, lors de l'adoption de *l'Acte des Sauvages, 1876*, la Division des affaires indiennes avait soutenu que [TRADUCTION] « le ministère ne peut reconnaître des bandes distinctes de métis ». Par conséquent, ces métis de la rivière à la Pluie avaient obtenu leur réserve, mais avaient eu l'obligation de se joindre à la Bande de Little Eagle, qui était beaucoup plus petite, pour laquelle une réserve adjacente avait été arpentée.

[431] The plaintiffs' expert, Ms. Jones, was of the view that by this event the highest levels of the federal government recognized the idea of a separate reserve for a group of half-breeds (which she described as a historic Métis community). The recognition was based on knowledge of the community, and awareness of the distinctiveness of the half-breeds from the Ojibway in the area, although interrelated.

[432] It was Jones' view that the absence of a record of order in council approval of the Adhesion was unimportant. The requirement to join the Little Eagle Band was the result of new policy and legislation, not on the policy and laws more closely tied in time to Confederation.

[433] Dr. von Gernet described the Treaty No. 3 Adhesion as another anomaly – “among the strongest departures from Indian Treaty making in Canada” and “not only unprecedented but unacceptable”.

[434] The Treaty No. 3 Adhesion is an instance where the federal government treated the half-breeds/Métis group as if it had a claim to Indian title, and gave the group a reserve as part of the surrender of that claim. It is a further instance of the federal government exercising jurisdiction over a Métis group based not on this connection to European ancestors but on their connection to their Indian ancestry.

[435] The difficulty with Dr. von Gernet's “anomaly” theory is that there are numerous other such “anomalies” where half-breeds/Métis were treated as Indians or dealt with under power associated with the Indian power. At some point the compounding of “anomalies” leads to the conclusion that these are not “anomalies” but in fact reflect the main line of thought and reflect the general view.

[431] L'experte des demandeurs, M^{me} Jones, était d'avis que cet événement traduisait le fait que les plus hauts échelons du gouvernement fédéral avaient reconnu l'idée de créer une réserve séparée pour un groupe de métis (qu'elle a décrit comme étant une collectivité métisse historique). Cette reconnaissance était fondée sur la connaissance de la collectivité et sur la sensibilisation à la distinction entre les métis et les Ojibways dans cette région, et ce, en dépit du fait qu'ils étaient apparentés.

[432] M^{me} Jones était d'avis que l'absence de consignation d'une approbation de l'Adhésion, par décret en conseil, n'avait aucune importance. L'obligation de joindre la Bande de Little Eagle résultait de la nouvelle politique et de la nouvelle loi, et non de politiques et de lois dont l'adoption était plus contemporaine de la Confédération.

[433] M. von Gernet a décrit l'Adhésion au Traité n° 3 comme étant une autre anomalie, qui constituait [TRADUCTION] « l'une des plus grandes entorses à la politique de conclusion des traités relatifs aux Indiens au Canada » et qui [TRADUCTION] « était non seulement sans précédent, mais aussi inacceptable ».

[434] L'Adhésion au Traité n° 3 était un cas où le gouvernement fédéral avait traité le groupe métis visé comme si celui-ci avait une revendication au titre indien et lui avait donné une réserve, en contrepartie de la cession de cette revendication. Il s'agissait d'un autre exemple de l'exercice, par le gouvernement fédéral, de sa compétence à l'égard d'un groupe métis, exercice fondé non pas sur le lien entre ce groupe et ses ancêtres européens, mais bien sur le lien avec son ascendance indienne.

[435] La thèse de « l'anomalie » mise de l'avant par M. von Gernet pose problème, car de telles « anomalies », où les [*half-breeds*/]Métis étaient traités comme étant des Indiens ou avaient été visés par des mesures prises dans le cadre de la compétence à l'égard des Indiens, furent nombreuses. À un certain point, l'accumulation des « anomalies » mène à la conclusion que celles-ci ne sauraient être qualifiées ainsi et qu'elles

[436] This so-called anomalist treatment of half-breeds/Métis did not end with the *Indian Act, 1876* or with the 1879 amendment [*An Act to amend "The Indian Act, 1876"*, S.C. 1879, c. 34] which allowed half-breeds who had been admitted to treaty to withdraw upon repayment of any annuity monies received.

(2) The Reserve and Industrial School at St.-Paul-des-Métis

[437] In 1895 Father Lacombe petitioned for poor "half-breeds" to receive some land on which to settle, because they were destitute. The reserve was to consist of four townships to be established, together with an industrial school so that the half-breeds could learn "the different trades of civilized life". The industrial school was similar to the industrial schools established for other Indians.

[438] Title to the reserve lands would be vested in the Crown so that it could not be alienated. Interestingly, the memorandum of the Deputy Minister of the Interior noted that the Métis settled on the reserve would have to be reassured that this would "not place them on the same footing as an Indian" because of Métis sensitivities, but it would be the functional equivalent of an Indian reserve.

[439] The Lacombe proposal was approved and a reserve and industrial school was established at St.-Paul-des-Métis in Alberta. It was not a great success. About 10 years later the school burned down, take up of the settlement did not meet expectations and the project was abandoned by the federal government in 1908. The lands not occupied by those Métis who took up settlement were disposed of.

reflètent plutôt le courant de pensée principal et l'opinion générale.

[436] Cette soi-disant « anomalie » dans le traitement réservé aux [*half-breeds*/]Métis n'avait pas pris fin avec l'*Acte des Sauvages, 1876*, ou avec la modification de 1879 [*Acte à l'effet d'amender "l'Acte des Sauvages, 1876"*, S.C. 1879, ch. 34], laquelle permettait aux métis ayant adhéré à un traité de se retirer de celui-ci, après le remboursement de l'ensemble des montants reçus à titre de rentes.

2) La réserve et l'école industrielle de Saint-Paul-des-Métis

[437] En 1895, le père Lacombe avait présenté une demande pour que les « métis » démunis reçoivent quelque terre où s'établir, car ils étaient sans ressources. La réserve devait être formée de quatre cantons et contenir une école industrielle, pour permettre aux métis d'apprendre [TRADUCTION] « les différents métiers du monde civilisé ». Cette école industrielle était similaire aux écoles industrielles établies pour les autres Indiens.

[438] Le titre rattaché aux terres de réserve allait être dévolu à la Couronne, de manière à ce que celui-ci ne puisse être aliéné. Fait intéressant, le mémoire du sous-ministre de l'Intérieur mentionnait que les Métis qui s'étaient établis sur la réserve allaient, en raison de leurs sensibilités, devoir être rassurés que cela [TRADUCTION] « ne les mettait pas sur un pied d'égalité avec un Indien », mais que la réserve serait, d'un point de vue fonctionnel, l'équivalent d'une réserve indienne.

[439] La proposition du père Lacombe avait été approuvée, et une réserve ainsi qu'une école industrielle avaient été établies à Saint-Paul-des-Métis, en Alberta. Ce ne fut pas un grand succès. Environ 10 ans plus tard, l'école avait été ravagée par un incendie, l'occupation des terres de réserve était inférieure aux attentes et le projet avait été abandonné par le gouvernement fédéral en 1908. Les terres qui n'étaient pas occupées par les Métis s'étant établis dans la réserve avaient été aliénées.

[440] This instance of the exercise of federal power over Métis and lands for them is later juxtapositioned by the Alberta Métis lands discussed in the recent Supreme Court decision in *Cunningham*, above, referred to later in this judgment.

[441] The St.-Paul-des-Métis project consisted of the establishment of a “reserve” exclusively for Métis with title to the land held by the federal Crown. The federal government also established an industrial school for Métis. The project was not a policy accident. It was the use of powers similar to or arising from those exercised in regard to “Indians” under subsection 91(24).

[442] It is noteworthy both in the historical context and in the modern efforts at reconciliation over industrial and residential schools that Métis also had been subject (or subjected) to residential schools along with other Indians (for example: memorandum from Duncan Scott—December 11, 1906). Dr. Wicken also reported that in respect to the Maritimes, off-reserve Mi’kmaq (including those of mixed ancestry) were also subject to being taken to residential schools in Nova Scotia well into the 1940s.

[443] The use of residential schools is an unfortunate phenomenon visited upon all Aboriginal peoples—Indians, Métis and Inuit.

[444] The convergence of and exercise of Indian powers over Métis was also evident in the treatment of half-breeds/Métis in regard to liquor—a curse for Native communities throughout Canada into modern time.

(3) Liquor Policy

[445] Ms. Jones relies on the administration of the liquor policy by the federal government as further

[440] Cet exemple d’exercice de la compétence fédérale à l’égard des Métis et des terres réservées pour ces derniers a plus tard été comparé à celui des terres des Métis de l’Alberta, que la Cour suprême du Canada a analysées dans l’arrêt *Cunningham*, précité, dont il sera question ci-après.

[441] Le projet de Saint-Paul-des-Métis consistait en l’établissement d’une « réserve » dédiée exclusivement aux Métis, le titre sur les terres de réserve devant être détenu par la Couronne fédérale. Le gouvernement fédéral avait aussi créé une école industrielle pour les Métis. Le projet n’était pas dû à une politique fortuite; il représentait l’exercice de pouvoirs similaires à ceux conférés par la compétence à l’égard des « Indiens », ou de pouvoirs découlant de cette compétence prévue au paragraphe 91(24).

[442] Il convient de noter, dans le contexte historique et dans celui des efforts de réconciliation déployés de nos jours au sujet des écoles industrielles et des pensionnats, que les Métis, à l’instar des autres Indiens, avaient aussi été assujettis (ou soumis) au système des pensionnats (par exemple, le mémoire de M. Duncan Scott — 11 décembre 1906). M. Wicken a aussi signalé, en ce qui avait trait aux Mi’kmaq (y compris ceux d’ascendance mixte) vivant hors réserve dans les Maritimes, que ceux-ci tombaient aussi sous le coup des pensionnats de la Nouvelle-Écosse jusqu’à tard dans les années 1940.

[443] Le recours aux pensionnats est une réalité malheureuse à laquelle tous les peuples autochtones — Indiens, Métis et Inuits — ont été confrontés.

[444] La convergence et l’exercice des pouvoirs conférés par la compétence sur les Indiens à l’égard des Métis ressortaient aussi clairement dans le traitement réservé aux *half-breeds*/Métis par rapport à l’alcool — un fléau pour les collectivités autochtones à l’échelle du Canada au cours de l’ère moderne.

3) La politique en matière d’alcool

[445] M^{me} Jones se fonde sur l’application de la politique en matière d’alcool par le gouvernement fédéral à

evidence that it was understood and accepted that the federal power over Indians included Métis and non-status Indians. The defendants do not refute this matter to any real extent.

[446] In 1894 Parliament amended the *Indian Act* [*An Act further to amend "The Indian Act"*, S.C. 1894, c. 32] to broaden the specific provision dealing with persons who sold intoxicating liquor to an "Indian". The source of the problem was the difficulty the North-West Mounted Police had, as outlined in an 1893 letter, in distinguishing between "Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter".

[447] The provision against the sale of intoxicating liquor was amended by adding "shall extend to and include any person ... who follows the Indian mode of life":

Section 94 amended, and 1888, c. 22, s. 4

6. The section substituted for section ninety-four of *The Indian Act* by section four of chapter twenty-two of the Statutes of 1888, is hereby amended by adding thereto the following subsection :—

Meaning of "Indian".

"2. In this section, the expression 'Indian,' in addition to its ordinary signification as defined in section two of this Act, shall extend to and include any person, male or female, who is reputed to belong to a particular band, or who follows the Indian mode of life, or any child of such person."

There was no reference to an "Indian blood requirement".

[448] The provision, as amended, caused continuing concern even into 1937 when the Deputy Minister of Justice opined that the provision (by then numbered section 126 [R.S.C. 1927, c. 98]) could apply not only to a non-treaty Indian but also to a half-breed.

titre de preuve supplémentaire démontrant qu'il était entendu et accepté que les Métis et les Indiens non inscrits étaient aussi visés par la compétence fédérale à l'égard des Indiens. Les défendeurs ne réfutent pas vraiment ce fait.

[446] En 1894, le Parlement avait modifié l'*Acte des Sauvages* [*Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages*, S.C. 1894, ch. 32], dans le but d'élargir la disposition portant explicitement sur les personnes vendant des boissons enivrantes à un « Indien ». Le problème découlait, comme il était souligné dans une lettre de 1893, de la difficulté des agents de la Police à cheval du Nord-Ouest à effectuer la distinction entre [TRADUCTION] « les métis et les Indiens dans les poursuites criminelles intentées pour avoir offert de l'alcool à ces derniers ».

[447] La disposition interdisant la vente de boissons enivrantes avait été modifiée par l'ajout de « outre sa signification ordinaire [...] s'entendra de toute personne [...] qui vit à la façon des Sauvages » :

6. L'article substitué à l'article quatre-vingt-quatorze de l'*Acte des Sauvages* par l'article quatre du chapitre vingt-deux des Statuts de 1888, est modifié en y ajoutant le paragraphe suivant :—

Modification de l'art. 94 [et 1888, ch. 22, art. 4]

« 2. Dans cet article, le mot « Sauvage, » outre sa signification ordinaire, suivant la définition que contient l'article deux du présent acte, s'entendra de toute personne de l'un ou de l'autre sexe, qui est réputée appartenir à une bande particulière, ou qui vit à la façon des Sauvages, ou de tout enfant de cette personne. »

Sens du mot « Sauvage. »

Il n'y avait pas de mention d'une « exigence de sang sauvage ».

[448] La disposition modifiée avait continuellement suscité des interrogations, même en 1937, alors que le sous-ministre de la Justice avait exprimé l'opinion selon laquelle la disposition (alors l'article 126 [S.R.C. 1927, ch. 98]) pouvait s'appliquer non seulement à un Indien qui n'était pas visé par un traité, mais aussi à un métis.

[449] It then became of concern that the wording could apply to a white person. In response to a query about whether the Department of Indian Affairs could define “Indian mode of life”, the Department advised that it had no information by which to identify the expression “Indian mode of life”.

[450] Jones’ evidence confirms that the notion of “Indian mode of life” or similar life/work style criteria was unworkable. Experts on both sides recognized the enormous diversity of lifestyles of “Indians” in Canada, the rapidity with which those lifestyles could and were changing and the difficulty with cultural concepts as a means of identity.

[451] The liquor policy confirms again that the federal government exercised jurisdiction over Métis and Non-Status Indians regardless of mixed ancestry, residence, membership or purported membership in a band/tribe. The only limitation was compliance with a descriptively impossible “Indian mode of life”.

[452] From a constitutional perspective, the *sine qua non* of the legislation was the Native ancestry of the person (whether of pure or mixed blood). From the *Indian Act* perspective, it was the “mode of life” which was a further qualification on the exercise of that constitutional jurisdiction.

(4) “Half-Breeds” Whose Ancestors Took Scrip

[453] The defendants’ expert, Dr. von Gernet, pointed out that in the early to mid-20th century, there were numerous instances of “half-breeds” who had taken scrip, or whose ancestors took scrip, but who continued to reside on reserves and continued to receive treaty

[449] On a alors commencé à se préoccuper du fait que le libellé pouvait viser une personne blanche. En réponse à une interrogation à savoir si le ministère des Affaires indiennes pouvait définir l’expression « vit à la façon des Sauvages », le Ministère avait répondu qu’il n’avait pas de renseignements lui permettant de déterminer le sens à donner à cette expression.

[450] Le témoignage de M^{me} Jones confirme que la notion de « viv[re] à la façon des Sauvages », ou un critère analogue de mode de vie ou de travail, était impossible à appliquer. Les experts des deux côtés ont reconnu l’immense diversité des modes de vie des « Indiens » au Canada, la rapidité avec laquelle ces modes de vie pouvaient changer, et changeaient effectivement, ainsi que la difficulté d’avoir recours à des concepts culturels pour définir l’identité.

[451] La politique en matière d’alcool confirme, une fois de plus, que le gouvernement fédéral exerçait une compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits, sans égard à leur ascendance mixte, à leur lieu de résidence, à leur appartenance ou prétendue appartenance à une bande ou à une tribu. La seule limite était de satisfaire à la notion de « viv[re] à la façon des Sauvages », une notion impossible à décrire.

[452] D’une perspective constitutionnelle, la condition essentielle de la législation était que la personne ait une ascendance autochtone (soit de « sang pur », soit métisse). De la perspective de l’*Acte des Sauvages*, la condition essentielle était de « vivre à la façon des Sauvages », ce qui représentait une restriction supplémentaire à l’exercice de cette compétence constitutionnelle.

4) Les « métis » dont les ancêtres avaient accepté un certificat

[453] M. von Gernet, témoin expert pour le compte des défendeurs, a souligné que, entre le début et le milieu du 20^e siècle, il y avait eu plusieurs cas de métis qui avaient accepté un certificat, ou dont les ancêtres avaient accepté un certificat, et qui continuaient de vivre dans

annuities despite statutory exclusion of such persons from the definition of “Indian”.

[454] The problem, particularly in the Lesser Slave Lake area of Treaty No. 8, caused in 1944 a commission of inquiry before Justice Macdonald of the Supreme Court of Alberta [Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency]. Having traced the history of the choice of scrip under Treaty No. 8 and thereafter, Justice Macdonald commented as follows (and relied upon by the plaintiffs):

Ordinarily the issue of scrip to an individual bars his right to treaty. This appears to be the view [adopted] by the Department for many years. When an Indian or Halfbreed takes scrip his aboriginal rights are extinguished and, strictly speaking, that is an end of the matter. However, the practice followed in the years immediately following the conclusion of Treaty No. 8, makes it clear that the Government did not take the position that the issue of scrip was an insuperable bar to treaty. A good deal of latitude was allowed in switching from scrip to treaty and vice versa.

...

The authority of the Government to deal with all aspects of Indian affairs is as ample and complete today as it was in 1899 when Treaty No. 8 was signed. When individuals of mixed blood are admitted to treaty from time to time by the local agent with the approval, either express or implied, of the Department, it seems to me that their status, especially after the lapse of many years, should be held to be fixed and determined. This was the course recommended and approved in the years immediately following the treaty. These individuals acquire rights under the treaty and under the Indian Act, and these rights should not be lightly disturbed. They should have the same security of tenure and the same protection in the enjoyment of property rights, no matter how circumscribed these rights may be, as is accorded any other citizen of the nation.

[455] Von Gernet takes comfort in the fact that the Department did not follow Justice Macdonald’s recommendation because of concern for the impact of the

les réserves et de recevoir les rentes prévues au traité, malgré le fait que la loi prévoyait que ces personnes étaient exclues de la définition d’« Indien ».

[454] Le problème, surtout dans la région du Petit lac des Esclaves visée par le Traité n° 8, avait entraîné, en 1944, la mise sur pied d’une commission d’enquête [Commission to inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency], qui avait été présidée par W. A. Macdonald, juge de la Cour suprême de l’Alberta. Le juge Macdonald, après avoir reconstitué l’historique du choix du certificat dans le cadre du Traité n° 8 et par la suite, avait fait les commentaires suivants (et sur lesquels se fondent les demandeurs) :

[TRADUCTION] En temps normal, la délivrance d’un certificat à une personne lui enlève le droit d’adhérer à un traité. Il semble que ce soit l’opinion qu’ait adoptée le Ministère pendant plusieurs années. Lorsqu’un Indien ou un métis accepte un certificat, ses droits ancestraux sont éteints et, à proprement parler, le dossier est clos. Cependant, la pratique adoptée dans les années suivant immédiatement la conclusion du Traité n° 8 ne laisse aucun doute quant au fait que le gouvernement n’était pas d’avis que la délivrance du certificat entraînait d’une manière insurmontable l’exclusion du traité. Beaucoup de latitude était permise pour passer du certificat au traité, et vice versa.

[...]

La compétence du gouvernement à l’égard de tous les aspects des affaires indiennes est vaste et complète, tant aujourd’hui qu’en 1899, lors de la signature du Traité n° 8. Lorsque des personnes métisses sont admises à un traité de temps à autre par l’agent local, sur approbation expresse ou implicite du Ministère, il me semble que leur statut devrait être considéré comme étant fixe et déterminé, surtout après un intervalle de nombreuses années. Il s’agissait de la mesure qui avait été recommandée et approuvée dans les années ayant immédiatement suivi le traité. Ces personnes acquièrent des droits au titre du traité et de la *Loi des Indiens*, et ces droits ne devraient pas être modifiés à la légère. Elles devraient jouir de la même sécurité des droits fonciers et de la même protection à l’égard des droits de propriété, peu importe les limites de ces droits, que celles accordées aux autres citoyens du pays.

[455] M. von Gernet s’appuie sur le fait que le Ministère n’avait pas suivi la recommandation du juge Macdonald, car il était préoccupé par les répercussions

redefinition of “Indian” under the *Indian Act* upon the administration of Indian Affairs.

[456] However, the Department did not follow the recommendation because of concerns for legislative/constitutional jurisdiction. There was no issue that the federal government had constitutional competence to implement the recommendation.

[457] Most importantly, in 1958 in an amendment to the *Indian Act* [*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19], the federal government enacted what Justice Macdonald had recommended for the same reasons as referred to in his report of August 7, 1944.

[458] Consistent with the inclusion and exclusion of half-breeds in the numbered treaties, the federal government chose when and if to exercise its constitutional jurisdiction over this group. The 1958 amendment was a clear example of federal legislation with respect to Métis as a group or class and founded on the Indian power in the Constitution.

(5) Other Examples of Jurisdiction over Non-Status Indians

[459] In the post-Confederation period, the federal government dealt with the rights of Indians who were without status under the *Indian Act*.

[460] In the 1869 legislation *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6, the federal government introduced the statutory marrying-out rule but it permitted women who married out to continue to draw annuities. The provision was continued in *The Indian Act, 1876* and an administrative practice

qu’occasionnerait le changement de la définition d’« Indien » prévue dans la *Loi des Indiens* sur l’administration des Affaires indiennes.

[456] Cependant, le Ministère n’avait pas suivi la recommandation en raison de préoccupations liées à la compétence législative/constitutionnelle. Il ne faisait aucun doute que le gouvernement fédéral avait la compétence constitutionnelle pour mettre en œuvre la recommandation.

[457] Fait plus important, dans une modification apportée à la *Loi sur les Indiens* en 1958 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1958, ch. 19], le gouvernement fédéral avait promulgué des dispositions reprenant les recommandations formulées par le juge Macdonald, et ce, pour les mêmes motifs que ce dernier avait mentionnés dans son rapport du 7 août 1944.

[458] Le gouvernement fédéral, comme il l’avait fait concernant l’inclusion ou l’exclusion des métis dans les traités numérotés, choisissait à quel moment il exerçait, le cas échéant, sa compétence constitutionnelle à l’égard de ce groupe. La modification de 1958 était un exemple manifeste de législation fédérale à l’égard des Métis, en tant que groupe ou catégorie, qui était fondée sur la compétence à l’égard des Indiens prévue dans la Constitution.

5) D’autres exemples d’exercice de la compétence à l’égard des Indiens non inscrits

[459] Lors de la période suivant la Confédération, le gouvernement fédéral avait pris des mesures à l’égard des droits des Indiens qui n’avaient pas ce statut au sens de la *Loi sur les Indiens*.

[460] Dans la loi de 1869 intitulée *Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, le gouvernement fédéral avait introduit la règle législative d’exclusion par mariage, mais avait permis aux femmes qui avaient perdu leur statut des suites de l’application de cette règle

arose of issuing those women identity cards known as “red tickets”.

[461] By 1951 the *Indian Act* was amended [S.C. 1951, c. 29] and these “red ticket Indians” were required to commute their annuities and to leave the reserves. Ultimately those women who married out, together with their first generation descendants, were reinstated to Indian status under Bill C-31 in 1985.

[462] In the Robinson Treaties areas of Ontario, by 1890 there were many Euro-Canadians who had intermarried with Natives and their descendants. They were residing on reserves and receiving annuities despite their lack of qualification as “Indian” under the *Indian Act*.

[463] To address the issue and deal with the legal confusion caused by differing definitions of “Indian” at the time of the Robinson Treaties, the federal government established a “non-transmissible title”. Similar to subsection 6(2) Indians under the current *Indian Act*, those with non-transmissible titles could be paid annuities for life but the right was not transmitted to their children. This category of Indian right was terminated in 1917 as a matter of policy and the non-transmissibles were merged with the transmissible title holders.

[464] In Nova Scotia, efforts were made to abolish small reserves and open the land for timbering. In New Germany the Department chose to define mixed ancestry residents as non-Indians whereas in large reserves mixed ancestry was no bar to being recognized as Indian.

de continuer à toucher des rentes. Cette disposition était demeurée en vigueur dans l'*Acte des Sauvages, 1876*, et la pratique administrative consistant à délivrer à ces femmes des cartes d'identité, connues sous le nom de « coupons rouges », était alors apparue.

[461] La *Loi sur les Indiens* avait été modifiée en 1951 [S.C. 1951, ch. 29], et ces « Indiennes détentrices de coupons rouges » avaient eu l'obligation de commuer leurs rentes et de quitter les réserves. En fin de compte, ces femmes qui avaient perdu leur statut par suite d'un mariage, ainsi que leurs descendants de première génération, avaient récupéré leur statut, en 1985, en application du projet de loi C-31.

[462] En 1890, de nombreux Canadiens d'origine européenne qui s'étaient mariés avec des Autochtones, ainsi que leurs descendants, habitaient les régions de l'Ontario visées par les traités Robinson. Ils vivaient dans des réserves et recevaient des rentes, et ce, en dépit du fait qu'ils ne répondaient pas à la définition de « Sauvage » au sens de l'*Acte des Sauvages*.

[463] Pour régler ce problème ainsi que la confusion juridique occasionnée par les différentes définitions du terme « Indien » à l'époque de la signature des traités Robinson, le gouvernement fédéral avait créé un « titre non transmissible ». Comme c'est le cas pour les Indiens au titre du paragraphe 6(2) de l'actuelle *Loi sur les Indiens*, les détenteurs d'un titre non transmissible pouvaient toucher des rentes pour le reste de leur vie, mais ce droit n'était pas transmis à leurs enfants. Cette catégorie de titre indien avait été abolie en 1917, pour des raisons de politique générale, et les détenteurs de titres non transmissibles avaient été regroupés avec ceux qui avaient des titres transmissibles.

[464] En Nouvelle-Écosse, des efforts avaient été déployés pour abolir les petites réserves et pour libérer des terres en vue de l'exploitation forestière. À New Germany, le Ministère avait choisi de catégoriser les résidents d'ascendance mixte comme des non-Indiens, alors que, dans les grandes réserves, le fait que quelqu'un ait été d'ascendance mixte ne l'empêchait pas de se voir reconnaître le statut d'Indien.

[465] Those Indians without status under the *Indian Act* included those “enfranchised”, either voluntarily or otherwise, between the 1869 “Act for the gradual enfranchisement of Indians” and Bill C-31 in 1985 which permitted enfranchised Indians and their first generation descendants to be reinstated to status.

[466] In Newfoundland and Labrador, certain Natives who entered Confederation in 1949 as fully enfranchised and their Non-Status Indians were not brought under the *Indian Act* until 1984.

[467] The foregoing examples established that the federal government exercised jurisdiction over a broad range of persons with Native ancestry who did not have status as Indians under the *Indian Act*.

[468] Most importantly, this exercise of jurisdiction over Non-Status Indians and half-breeds including Métis was based upon the understanding and acceptance by the Euro-Canadian population, and their federal politicians and their bureaucracies of the federal power to exercise jurisdiction over this wide range of people as “Indians”. The foregoing, established by conduct, the meaning of “Indian” within subsection 91(24).

E. Modern Era

(1) Pre-Patriation

[469] The Court has, to some extent, earlier discussed in Section V [of these reasons] “Nature of the Problem”, some of the facts pleaded and argued by the plaintiffs in regard to more current events. While these facts may explain the basis of this action, the impact that a determination may have and some of the history between the parties, those facts are not particularly germane to the key issue of constitutional interpretation—the meaning

[465] Parmi les Indiens n’ayant pas de statut au titre de la *Loi sur les Indiens*, on retrouve les Indiens « émancipés », sur une base volontaire ou autrement, entre l’Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages de 1869 et le projet de loi C-31 de 1985, lequel permettait aux Indiens émancipés et à leurs descendants de première génération d’être réinscrits.

[466] À Terre-Neuve-et-Labrador, certains Autochtones avaient joint la Confédération en 1949 à titre d’Indiens pleinement émancipés; les Indiens non inscrits de cette province n’ont pas été assujettis au régime de la *Loi sur les Indiens* avant 1984.

[467] Les exemples qui précèdent établissent que le gouvernement fédéral a exercé sa compétence à l’égard d’un vaste éventail de personnes d’ascendance autochtone qui n’avaient pas le statut d’« Indiens » au titre de la *Loi sur les Indiens*.

[468] Plus important encore, l’exercice de cette compétence à l’égard des Indiens non inscrits et des personnes métisses, y compris les Métis, reposait sur la compréhension et l’acceptation, par la population canadienne d’origine européenne, par les politiciens fédéraux et par les fonctionnaires, que le gouvernement fédéral était habilité à exercer sa compétence à l’égard de ce vaste ensemble de gens désignés par le terme « Indiens ». Les éléments qui précèdent ont établi, par la conduite des parties en cause, la signification du terme « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

E. L’époque moderne

1) Avant le rapatriement de la Constitution

[469] Dans la section V [des présents motifs], intitulée « La nature du problème », la Cour a, dans une certaine mesure, discuté de certains faits invoqués et plaidés par les demandeurs en ce qui a trait aux faits plus récents. Bien qu’ils puissent expliquer le fondement de la présente action, les répercussions qu’une décision pourrait avoir ainsi que certains éléments de l’historique des relations entre les parties, ces faits ne sont pas

and scope of “Indian” as found in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[470] For the sake of completeness, the Court will deal with the key matters raised in the arguments, but the Court’s determination of the meaning and scope of subsection 91(24) is based principally on the analysis of the pre- and post-Confederation facts and the manner in which the federal government dealt with Métis and Non-Status Indians.

[471] In the post-World War II era, there have been several forces affecting the federal policies regarding Aboriginal peoples including:

- international human rights reforms including the principles of equality, self-determination and self-definition for indigenous peoples, reflected to some degree in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349;
- fundamental changes in Canadian law, particularly section 15 of the Charter and section 35 of the *Constitution Act, 1982*;
- demographic shifts in Canada’s Aboriginal population including the movement away from reserves and greater intermarriage between Native and non-Native people.

[472] The plaintiffs’ evidence traces the history of not only the patriation of the Constitution but also the attempts at constitutional reform in the Meech Lake Accord and the Charlottetown process. These failed political accords have little relevance to the legal issues in this case.

[473] However, the better starting place for this consideration of some of the issues between Canada and the Aboriginal community would be in the early 1970s.

particulièrement pertinents quant à la question clé d’interprétation constitutionnelle — le sens et la portée du terme « Indiens » que l’on trouve au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[470] Par souci d’exhaustivité, la Cour traitera des éléments clés soulevés dans les observations, mais la décision de la Cour quant au sens et à la portée du paragraphe 91(24) repose principalement sur l’analyse des faits qui se sont produits lors des périodes qui ont précédé et qui ont suivi la Confédération, ainsi que sur la manière avec laquelle le gouvernement a traité avec les Métis et les Indiens non inscrits.

[471] Lors de l’époque ayant suivi la Deuxième Guerre mondiale, plusieurs facteurs avaient influé sur les politiques fédérales à l’égard des peuples autochtones. Parmi ces facteurs, notons :

- les réformes internationales en matière de droits de la personne, y compris l’inclusion des principes d’égalité, d’autodétermination et d’autodéfinition pour les peuples autochtones, qui ressortent, dans une certaine mesure, de l’arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349;
- les changements fondamentaux dans le droit canadien, surtout l’article 15 de la Charte et l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
- les changements démographiques au sein de la population autochtone du Canada, y compris l’exode des habitants des réserves et le plus grand nombre de mariages entre des Autochtones et des non-Autochtones.

[472] La preuve produite par les demandeurs reconstitue non seulement l’histoire du rapatriement de la Constitution, mais aussi celle des tentatives de réformes constitutionnelles dans le cadre de l’Accord du lac Meech et du processus de Charlottetown. Ces ententes politiques avortées ont peu de pertinence quant aux questions de droit en litige dans la présente affaire.

[473] Cependant, le début des années 1970 serait le meilleur point de départ pour l’examen de certains des points à régler entre le Canada et la collectivité autochtone.

[474] In the early 1970s the federal government began funding research on treaty and land claims for Status Indian groups. This was later expanded to include Non-Status Indians and Métis groups.

[475] By mid-1976, the Joint Cabinet-Native Council of Canada Committee was created to develop a process designed to produce agreements between government and the representatives of the “Indian people” on major policy issues.

[476] The Joint Cabinet-Native Council of Canada Committee met annually between 1977 and 1980 and again in 1982. There was a recognition that little was known about Métis and Non-Status Indians as a group and that there were significant definitional issues.

[477] Despite some internal issues amongst the Native groups including that with the broad Métis community as represented in the dispute between the MNC and the NCC, the funding of research on Native claims for these groups continued.

[478] In 1978 an Interdepartmental Committee issued a Discussion Paper concluding that there was no legal or broadly accepted definition of Non-Status Indians. This Committee acknowledged the “present desperate circumstances of large numbers of Native people”. It further noted that it was important to recognize that the causes of these circumstances and the opportunities for improvement vary considerably across the country.

[479] This recognition of the plight of many Native people and the diversity of causes and cures was a continuing theme throughout subsequent discussions of government-Native issues. The Court concludes that it was recognized that these causes and remedies had to be addressed at a broad level, on a national scale, and not by piecemeal or on a province by province basis.

[474] Au début des années 1970, le gouvernement fédéral avait commencé à financer la recherche sur les traités et les revendications territoriales des groupes d’Indiens inscrits. Cette recherche s’était ensuite étendue aux groupes de Métis et aux Indiens non inscrits.

[475] Au milieu de l’année 1976, le Comité mixte Cabinet-Conseil national des Autochtones du Canada avait été mis sur pied pour élaborer un processus visant à mettre en place des ententes au sujet des principaux enjeux politiques entre le gouvernement et les représentants du « peuple indien ».

[476] Le Comité mixte Cabinet-Conseil national des Autochtones du Canada s’était réuni annuellement entre 1977 et 1980, puis de nouveau en 1982. On avait reconnu que l’on connaissait peu de choses sur les Métis et les Indiens non inscrits en tant que groupe, et qu’il y avait d’importants problèmes de définition.

[477] En dépit de certaines querelles internes chez les groupes autochtones, y compris au sein de la vaste communauté métisse, comme en témoigne le différend entre le RNM et le CNAC, on continuait de financer la recherche sur les revendications autochtones relativement à ces groupes.

[478] En 1978, un comité interministériel avait produit un document de travail, dans lequel on concluait qu’il n’y avait pas de définition juridique, ou de définition largement reconnue, du terme « Indiens non inscrits ». Ce comité avait reconnu [TRADUCTION] « la présente situation désespérée d’un grand nombre d’Autochtones ». Il a aussi souligné qu’il était important de prendre acte du fait que les causes de cette situation et les possibilités d’améliorations variaient considérablement à l’échelle du pays.

[479] Cette reconnaissance des difficultés avec lesquelles plusieurs Autochtones étaient aux prises ainsi que la diversité des causes de ces difficultés et des solutions pour les régler furent un thème récurrent tout au long des discussions portant sur les enjeux concernant le gouvernement et les Autochtones. La Cour conclut qu’il était reconnu que ces causes et ces solutions devaient être examinées de manière globale, à l’échelle nationale, et non à la pièce ou province par province.

[480] As established in various federal government documents, the provinces had varying attitudes on the question of responsibility for MNSI programs and, except for Saskatchewan, all provincial governments did not accept the responsibility for programs specifically and exclusively for MNSI. The provinces did not want to be seen as accepting responsibility for those of Indian ancestry or according them special status within the province (other than those already recognized as Status Indians by the federal government).

[481] By 1980, while the Minister of Justice and Attorney General (the Honourable Jean Chrétien) continued to deal with the head of the NCC (Harry Daniels) on policies regarding MNSI, the government-Native agenda became dominated by the Constitutional Revision Process. Issues of constitutional recognition of Aboriginal and treaty rights, rights to self-government and direct consent to constitutional changes affecting Natives became the major themes of discussions.

[482] One of the results of the patriation process relevant to this case was the creation of section 35.1 [as enacted by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 3] [of the *Constitution Act, 1982*] and the requirement that a First Minister's conference be held within one year with an agenda item respecting the identification and definition of the rights of the Aboriginal peoples of Canada:

Commitment to participation in constitutional conference

35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the "*Constitution Act, 1867*", to section 25 of this Act or to this Part,

[480] Comme il est établi dans divers documents du gouvernement fédéral, les provinces avaient des attitudes variables quant à la question de la responsabilité à l'égard des programmes à l'intention des MINI, et tous les gouvernements provinciaux, à l'exception de celui de la Saskatchewan, avaient refusé d'assumer la responsabilité des programmes visant expressément et exclusivement les MINI. Les provinces ne voulaient pas être considérées comme ayant accepté la responsabilité à l'égard des personnes d'ascendance indienne, ou comme leur ayant accordé un statut spécial au sein de leur ressort (à l'exception des personnes déjà reconnues comme étant des Indiens inscrits par le gouvernement fédéral).

[481] En 1980, alors que le ministre de la Justice et procureur général (l'honorable Jean Chrétien) continuait de discuter avec le chef du CNAC (Harry Daniels) au sujet des politiques relatives aux MINI, le processus de révision constitutionnelle allait prendre toute la place dans les relations entre le gouvernement et les Autochtones. Les questions de la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux ou droits issus de traités, des droits à l'autonomie gouvernementale et au consentement direct à l'égard des modifications constitutionnelles touchant les Autochtones étaient devenues les thèmes principaux des discussions.

[482] Parmi les résultats du processus de rapatriement de la Constitution qui s'avère pertinent dans la présente affaire, il y a eu l'adoption de l'article 35.1 [édicte par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 3] de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l'obligation de tenir, dans l'année qui suivait, une conférence des premiers ministres, au cours de laquelle les questions de la détermination et de la définition des droits des peuples autochtones du Canada seraient placées à l'ordre du jour :

35.1 Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la « *Loi constitutionnelle de 1867* », de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

Engagement relatif à la participation à une conférence constitutionnelle

(a) a constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and

(b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.

a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification;

b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question.

[483] Part IV.1 [section 37.1 (as enacted *idem*, s. 4)] proclaimed in 1983 required two further First Minister conferences with agenda items including constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada:

[483] La partie IV.1 [article 37.1, édicté, *idem*, art. 4], promulguée en 1983, exigeait la tenue de deux autres conférences des premiers ministres, au cours desquelles seraient notamment placées à l'ordre du jour les questions constitutionnelles intéressant directement les peuples autochtones du Canada :

PART IV.1

CONSTITUTIONAL CONFERENCES

Constitutional conferences

37.1 (1) In addition to the conference convened in March 1983, at least two constitutional conferences composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada, the first within three years after April 17, 1982 and the second within five years after that date.

Participation of aboriginal peoples

(2) Each conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussion of those matters.

Participation of territories

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in discussions on any item in the agenda of a conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

Subsection 35(1) not affected

(4) Nothing in this section shall be construed so as to derogate from subsection 35(1).

PARTIE IV.1

CONFÉRENCES CONSTITUTIONNELLES

37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

Conférences constitutionnelles

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

Participation des peuples autochtones

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

Participation des territoires

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35(1).

Non-dérogation au paragraphe 35(1)

[484] Significantly, while Canada patriated its constitution and subsequently attempted to amend it in Meech Lake and Charlottetown (including a proposed change to subsection 91(24)), that section remained as enacted in 1867.

(2) Post-Patriation

[485] Section 37 of the *Constitution Act, 1982* provided that there be a First Ministers' Conference before April 17, 1983, with an item for the agenda concerning the identification and definition of the rights of Aboriginal peoples to be included in the constitution.

[486] The representations of the Aboriginal peoples included the Assembly of First Nations (Status Indians), the Inuit Council on National Issues (Inuit) and the Native Council of Canada (Métis and Non-Status Indians).

[487] A continuing issue throughout the subsequent First Ministers' and Federal-Provincial meetings was that of "definition"; in particular, who fell within the class of Non-Status Indians and the class of Métis. The dispute between the NCC and the MNC has been described earlier in these reasons.

[488] While "definitions" were one issue which ran through the various discussions, it was only one of many and not necessarily the most important. The range of issues included Aboriginal title, treaty rights, social and economic rights, self-government and processes for resolution. The issue of self-government became the single dominating issue throughout 1983 to 1987.

[489] As a prelude to patriation and to deal with issues thereafter, Canada focused much of its policy

[484] Il est important de souligner que, bien que le Canada ait rapatrié sa Constitution et ait par la suite tenté de la modifier dans le cadre de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown (laquelle comprenait une proposition de modification au paragraphe 91(24)), le libellé du paragraphe 91(24) est resté inchangé depuis son adoption en 1867.

2) Après le rapatriement de la Constitution

[485] L'article 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoyait qu'une conférence des premiers ministres serait tenue avant le 17 avril 1983, lors de laquelle les questions relatives à la détermination et la définition des droits des peuples autochtones à inscrire dans la Constitution seraient placées à l'ordre du jour.

[486] Les peuples autochtones étaient notamment représentés par l'Assemblée des Premières Nations (Indiens inscrits), le Comité inuit sur les affaires nationales (Inuits) et le Conseil national des Autochtones du Canada (Métis et Indiens non inscrits).

[487] Une question qui est revenue constamment au cours des réunions des premiers ministres et des réunions entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux était celle de la « définition »; plus précisément, il s'agissait de savoir qui étaient inclus dans les catégories des Indiens non inscrits et des Métis. Le différend entre le CNAC et le RNM a été décrit précédemment dans les présents motifs.

[488] Bien que la question de la « définition » soit sans cesse revenue dans les diverses discussions, il s'agissait seulement de l'une des nombreuses questions abordées, et elle n'était pas nécessairement la plus importante. Le titre aborigène, les droits issus de traités, les droits sociaux et économiques, l'autonomie gouvernementale et les processus de règlement des différends étaient parmi les autres questions soulevées. La question de l'autonomie gouvernementale allait devenir la question dominante de 1983 à 1987.

[489] En prévision du rapatriement de la Constitution, ainsi que pour régler les questions qui allaient se poser

development in the Corporate Policy Branch of the Department of Indian Affairs. The Director General was Ian Cowie, a witness in this trial. As indicated earlier, this evidence has been accepted.

[490] A key document produced by the Corporate Policy Branch with in-depth input from central agencies (particularly the Federal-Provincial Relations Office and the Privy Council Office) was “Natives and the Constitution”.

[491] “Natives and the Constitution” included a thorough review of the jurisdictional matters related to subsection 91(24). The evidence establishes that this document was more than just a working paper; that it reflected the collective thinking within the federal government on the interpretation and operation of subsection 91(24). It was a Cabinet document and was used for internal briefings and preparation for the 1983 First Ministers’ Conference.

[492] The plaintiffs rely in particular on a quote:

In general terms, the Federal Government does possess the power to legislate theoretically in all domains in respect of Métis and Non-Status Indians under s. 91(24) of the BNA Act. [Emphasis added.]

[493] This quote is not the definitive position of the federal government but shows the general trend of the government position. Other references in “Natives and the Constitution”, as well as other documents in that general time frame, show both less firm and more firm statements on the constitution power over Métis and Non-Status Indians, examples of which follow:

In a 1979 memorandum from the Deputy Minister to the Minister:

par la suite, le Canada avait concentré une grande partie de l’élaboration de ses politiques entre les mains de la Division des politiques ministérielles du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada. Son directeur général était Ian Cowie, un témoin dans le présent procès. Tel qu’indiqué précédemment, son témoignage a été accepté.

[490] Un document clé produit par la Division des politiques ministérielles était « Natives and the Constitution », auquel les organismes centraux (particulièrement le Bureau des relations fédérales-provinciales et le Bureau du Conseil privé) ont apporté une contribution approfondie.

[491] Le document « Natives and the Constitution » comprenait un examen complet des questions de compétence concernant le paragraphe 91(24). La preuve établit que cet ouvrage était plus qu’un document de travail; il reflétait la façon de penser générale au sein du gouvernement fédéral à l’égard de l’interprétation et de l’application du paragraphe 91(24). Il s’agissait d’un document du Cabinet, qui avait été utilisé pour les séances d’information à l’interne et pour la préparation à la conférence des premiers ministres de 1983.

[492] Les demandeurs se fondent particulièrement sur ce passage :

[TRADUCTION] De façon générale, le gouvernement fédéral, au titre du paragraphe 91(24) de l’AANB, possède bel et bien, en théorie, le pouvoir d’adopter des lois dans tous les domaines concernant les Métis et les Indiens non inscrits. [Non souligné dans l’original.]

[493] Ce passage ne représente pas la position définitive du gouvernement fédéral, mais en expose toutefois l’orientation générale. On trouve, dans « Natives and the Constitution » ainsi que dans d’autres documents datant de cette période, à la fois des énoncés moins catégoriques et des énoncés plus catégoriques au sujet de la compétence constitutionnelle à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits. Voici certains de ces énoncés :

Dans une note de service que le sous-ministre avait envoyée au ministre :

Although the Federal Government arguably has the power under Section 91(24) to legislate or accept responsibility for MNSI it has not chosen to do so as a matter of political decision-making to date. [Emphasis added.]

1980 Background and Discussion Paper:

... a person who is not considered an Indian under the Indian Act because he has opted to be enfranchised is still an Indian for purposes of the BNA Act.

... the legal and historical evidence appears to be convincing that the mere fact that a person has mixed blood has never been a bar to the assertion of Native Claims

The Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the Indian Act. These Métis are still “Indians” within the meaning of the British North America Act and the Federal Government continues to have the power to legislate with respect to this group of people. [Emphasis in original]

[494] The 1980 version of “Natives and the Constitution” contained the following conclusions:

A survey of legislation around the time of Confederation reveals that persons now regarded as Métis or non-status Indians were considered Indians by Parliamentarians of the time, and therefore within the bounds of federal legislative competence. In the absence of evidence to the contrary, it could be presumed that this view of the term “Indian” was shared by their contemporaries – the architects of the BNA Act... Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the Indian Act but are still “Indians” within the meaning of the BNA Act.

S. 91(24) of the BNA Act confers upon the federal Parliament the power to make laws in relation to “Indians and land reserved for Indians”. “Indians” includes Inuit and in all likelihood includes “non-status Indians” and a good number of Métis.

[495] As to which non-status Indians and Métis fall within the subsection 91(24) term “Indian”, “Natives and the Constitution” stated:

[TRADUCTION] Bien que le gouvernement fédéral ait probablement compétence, au titre du paragraphe 91(24), pour faire des lois touchant les MINI ou pour accepter la responsabilité à leur égard, il a choisi de s’abstenir jusqu’à maintenant, pour des motifs politiques. [Non souligné dans l’original.]

Dans le document de contexte et d’analyse daté de 1980 :

[TRADUCTION] [...] quelqu’un qui n’est pas considéré comme étant un Indien au titre de la *Loi sur les Indiens*, car il avait choisi d’être émancipé, est toujours un Indien au sens de l’AANB.

[...] la preuve juridique et historique semble démontrer, de manière convaincante, que le fait qu’une personne soit métisse n’avait jamais eu pour effet de l’empêcher de faire valoir ses revendications autochtones [...]

Les Métis qui ont reçu des certificats ou des terres sont exclus de l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Ces Métis sont tout de même des Indiens au sens de l’AANB, et le gouvernement fédéral continue d’avoir le pouvoir d’adopter des lois concernant ce groupe de personnes. [Souligné dans l’original.]

[494] La version de 1980 de « Natives and the Constitution » contenait les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] Un survol de la législation en vigueur au moment de la Confédération révèle que les gens qu’on qualifie maintenant de Métis ou d’Indiens non inscrits étaient considérés comme étant des Indiens par les parlementaires de l’époque, et qu’ils étaient par conséquent à l’intérieur des limites de la compétence législative fédérale. En l’absence de preuve à l’effet contraire, on pourrait présumer que les architectes de l’AANB — contemporains de ces parlementaires — partageaient cette interprétation du terme « Indien » [...] Ces Métis, qui avaient reçu des certificats ou des terres, sont exclus de l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais sont tout de même des « Indiens » au sens de l’AANB.

Le paragraphe 91(24) de l’AANB confère au parlement fédéral le pouvoir de faire des lois relativement aux « Indiens et aux terres réservées pour les Indiens ». Le terme « Indiens » comprend les Inuits, et, selon toute vraisemblance, les « Indiens non inscrits » ainsi qu’un bon nombre de Métis.

[495] Quant à la question de savoir qui, parmi les Indiens non inscrits et les Métis, sont visés par le terme « Indiens » au sens du paragraphe 91(24), « Natives and the Constitution » mentionnait ceci :

Métis people who come under the Treaty are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the Indian Act, but are still “Indians” within the meaning of the BNA Act. Métis who have received neither scrip, land or treaty benefits still arguabl[y] retain the rights to Aboriginal claims.... Should a person possess “sufficient” racial and social characteristics to be considered a “native person”, that individual will be regarded as an “Indian” within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the Indian Act.

[496] The quoted positions from “Natives and the Constitution” remained the same throughout different representations and revisions of the document.

[497] This document formed the background and the basis for federal government position statements on Aboriginal people and the Constitution including in those discussions concerning proposals to amend subsection 91(24).

[498] It was Cowie’s evidence that it was unique to have a document subjected to the scrutiny of the highest levels of government over an intense five-year period and to have those statements remain intact throughout.

[499] While not all statements are an unequivocal confirmation of federal jurisdiction of MNSI, those conclusions and the rationale (referring to understanding of “Indian” at the time of the BNA Act), is entirely consistent with the plaintiffs’ experts’ evidence and consistent with the treatment of both Métis and Non-Status Indians post-Confederation as detailed by Jones.

[500] While the federal position cannot be taken as an “admission” in the usual evidentiary sense, nor can it give jurisdiction where no such jurisdiction existed, it gives great credence to the plaintiffs’ position, buttresses

[TRADUCTION] Les Métis visés par un traité sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Ces Métis, qui avaient reçu des certificats ou des terres, sont exclus de l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais sont tout de même des « Indiens » au sens de l’AANB. Les Métis n’ayant pas reçu de certificat ou de terre et ne bénéficiant pas d’avantages issus d’un traité ont vraisemblablement préservé le droit de se prévaloir de revendications autochtones [...] Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme « Autochtone », celle-ci sera réputée être un « Indien » au sens de l’AANB et sera visée par la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu’elle puisse être exclue de la portée de la *Loi sur les Indiens*.

[496] Les positions tirées de « Natives and the Constitution », reproduites ci-dessus, étaient restées les mêmes dans les diverses versions et révisions du document.

[497] Ce document exposait l’historique et le fondement des énoncés de position du gouvernement fédéral en ce qui concerne les Autochtones et la Constitution, notamment dans le cadre des discussions relatives aux propositions de modification du paragraphe 91(24).

[498] Selon le témoignage fourni par M. Cowie, le fait que ces déclarations soient restées intactes, malgré que le document dont elles étaient tirées ait été soumis à l’examen des plus hauts échelons du gouvernement pendant une période intense de cinq ans, était hors du commun.

[499] Bien que ces énoncés ne constituent pas tous une confirmation sans équivoque de la compétence du gouvernement fédéral à l’égard des MINI, les conclusions et la justification (faisant référence à l’interprétation donnée au terme « Indien » au moment de l’AANB) qu’ils renferment concordent parfaitement avec le témoignage des experts des demandeurs et sont cohérentes avec ce qu’a relaté M^{me} Jones au sujet du traitement accordé aux Métis et aux Indiens non inscrits à l’époque suivant la Confédération.

[500] Bien qu’il soit impossible de considérer la position du gouvernement fédéral comme étant une « admission » au sens normalement entendu par les règles en matière de preuve, et que cette position ne

the expert evidence and makes the defendants' attack and attempts to frustrate this litigation disingenuous.

[501] This recognition by the federal government of jurisdiction over MNSI took a turn in 1984 under a new government. The federal government's position appears to have been motivated by policy concerns for concrete actions and concerns for the financial consequences of recognizing this jurisdiction.

[502] In an early 1984 document, considered high level and secret (the date of which is estimated to be between January 1 and March 31, 1984), it was observed that:

... the Federal Government must be prepared to deliver an initially "hard" message to the Métis to set the stage for necessary transition from historical claims and general rhetoric towards pragmatic consideration of means to achieve concrete progress.

[503] A similar document in November 1984 stated:

The Federal Government requires a strong position with which to respond to the pressure from the MNC, NCC and the promises to accept financial responsibility for Métis.

[504] By December 1984, the federal position on jurisdiction was shifting away from its claim to jurisdiction over Non-Status Indians and Métis to something more equivocal. Both parties raise as a key fact the position taken by Minister John Crosbie (Minister of Justice, and subsequently the federal interlocutor for Métis and Non-Status Indians) disavowing jurisdiction over Métis while confirming jurisdiction over Non-Status Indians.

aurait être attributive de compétence législative dans l'éventualité où cette compétence n'aurait jamais existé, elle apporte beaucoup de crédibilité à la thèse des demandeurs, étoffe la preuve d'expert et expose le peu de sincérité derrière les tentatives du défendeur de compromettre la présente affaire.

[501] L'arrivée d'un gouvernement en 1984 avait toutefois entraîné un virage en ce qui concerne la reconnaissance de la compétence fédérale à l'égard des MINI. La position du gouvernement fédéral semble avoir été motivée par la volonté politique de poser des gestes concrets et par les préoccupations quant aux conséquences financières de la reconnaissance de cette compétence.

[502] Dans un document produit au début de 1984 (on estime que ce fut entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 1984), qui était considéré comme étant secret et comme provenant des hauts échelons, on faisait remarquer que :

[TRADUCTION] [...] le gouvernement fédéral doit être prêt à transmettre, au départ, un message « dur » aux Métis, dans le but de préparer le terrain pour la transition nécessaire, des revendications historiques et de la rhétorique générale vers un examen pragmatique des moyens permettant de réaliser des progrès concrets.

[503] Le passage suivant est tiré d'un document de novembre 1984, de nature similaire :

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral a besoin d'adopter une position forte lorsqu'il répondra aux pressions provenant du RNM et du CNAC, ainsi qu'aux questions portant sur les promesses d'accepter la responsabilité financière à l'égard des Métis.

[504] En décembre 1984, la position du gouvernement fédéral quant à la question de la compétence est passée de la revendication de la compétence à l'égard des MINI à une position plus ambiguë. Les deux parties allèguent que la position adoptée par le ministre John Crosbie (M. Crosbie) (ministre de la Justice et, par la suite, interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits), par laquelle il niait la compétence relativement aux Métis, tout en confirmant cette compétence à l'égard des Indiens non inscrits, constitue un élément clé.

[505] At a December 17–18, 1984 conference, Mr. Crosbie, responding to Harry Daniels' question regarding subsection 91(24), said:

... despite the powers that he attributes to me, I cannot change what the Constitution says simply by a statement from the Chair. We are working together to try to work out Constitutional changes in the interest of the Aboriginal Peoples, and I do not want anything I say now to distract us from that, but I have to say a few words about Section 91(24).

First, it provides legislative jurisdiction to the federal government in relation to Indians and lands reserved to Indians, and you will note that provides authority only. It does not define how it is to be exercised, and as you know that has been interpreted by the courts to include the Inuit. Historically the federal government has had a special relationship with the Inuit and Indian Peoples.

Secondly, the question that Mr. Daniels raises is whether Metis and non-status Indians are covered by Section 91(24); are they Indians? In other words are they Indians for the purpose of Section 91(24)? To answer that question, we have to recognize the fact that the word "Metis" was put in Section 35 of the Constitution Act in 1982, not in 1867. The Federal Department of Justice has concluded -- has reached a legal opinion that Parliament cannot legislate for Metis as a distinct people. That is a legal opinion. We cannot legislate for Metis as a distinct people. On the other hand Parliament can legislate for Indians irrespective of whether they are registered or not because of Section 91(24). That is how we understand the law, but I want to stress that a continuing legal debate over the impact of Section 91(24) will only work to the detriment of Aboriginal Peoples by preventing governments from dealing with the real problems that confront those people. In other words in my view, there is not much point in a continuing legal debate. It is unlikely that a legalistic approach to 91(24) will result -- certainly not in a short term -- in concrete improvements in the living conditions and the prospects of Aboriginal Peoples. What is important is that the federal government is prepared -- we are prepared to accept our share of the responsibility for Aboriginal Peoples in co-operation with the provinces and the territorial governments. They have their place. They have their responsibilities. Historically we have had the lead role in relation to Indian and Inuit People. The provinces have had the lead role for Metis People, but both levels of government have been very much involved with all Aboriginal Peoples, and that is the approach we think will serve us best in the future, and that is the way we want to approach it.

[505] Lors d'une conférence tenue les 17 et 18 décembre 1984, M. Crosbie avait répondu ainsi à la question posée par M. Harry Daniels au sujet du paragraphe 91(24) :

[TRADUCTION] [...] malgré les pouvoirs qu'il m'attribue, je ne peux modifier ce que dit la Constitution simplement à partir d'une déclaration du président. Nous travaillons ensemble pour tenter de négocier des modifications constitutionnelles dans l'intérêt des peuples autochtones, et je ne veux rien dire qui pourrait nous éloigner de cela, mais je dois dire quelques mots au sujet du paragraphe 91(24).

Premièrement, ce paragraphe donne au gouvernement fédéral la compétence d'adopter des lois à l'égard des Indiens et des terres réservées pour les Indiens. Vous remarquerez qu'il ne fait que donner la compétence : il ne définit pas la manière dont ce pouvoir doit être exercé, et, comme vous le savez, les cours ont interprété que cette disposition incluait les Inuits. Historiquement, le gouvernement fédéral a eu une relation spéciale avec les Inuits et les Indiens.

Deuxièmement, la question que M. Daniels soulève est de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont inclus dans la portée du paragraphe 91(24); sont-ils des Indiens? Entre d'autres termes, sont-ils des Indiens pour les besoins du paragraphe 91(24)? Pour répondre à cette question, il faut reconnaître le fait que le mot « Métis » a été inséré dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non en 1867. Le ministère fédéral de la Justice a conclu – a formulé l'avis juridique selon lequel le Parlement ne pouvait légiférer à l'égard des Métis en tant que peuple distinct. Il s'agit d'un avis juridique. On ne peut légiférer à l'égard des Métis en tant que peuple distinct. En revanche, le paragraphe 91(24) habilite le Parlement à adopter des lois à l'égard des Indiens, indépendamment de la question de savoir s'ils sont inscrits ou non. Il s'agit de notre interprétation du droit, mais je tiens à souligner que la poursuite du débat juridique sur les répercussions du paragraphe 91(24) ne fera que nuire aux peuples autochtones, car il empêchera les gouvernements de régler les véritables problèmes auxquels ces peuples sont confrontés. En d'autres mots, je suis d'avis que la poursuite du débat juridique n'est guère utile. Il est peu probable qu'une interprétation formaliste du paragraphe 91(24) entraînera – du moins, certainement pas à court terme – des améliorations concrètes aux conditions de vie et aux perspectives d'avenir des peuples autochtones. Ce qui importe, c'est que le gouvernement fédéral est prêt – nous sommes prêts à accepter notre part de responsabilités à l'égard des peuples autochtones, en coopération avec les provinces et les gouvernements territoriaux. Ils ont leur place. Ils ont leurs responsabilités. Nous avons historiquement joué le rôle de chef de file en ce qui concerne les Indiens et les Inuits. Les provinces ont joué ce rôle à l'égard

We have no intention of using any legal opinions, or opinions as to what the Constitution says to disclaim any responsibility or interest in the Metis People. We consider ourselves to be responsible and interested. So I think that the question is really largely hypothetical....

[506] From that point forward the federal position was less accepting of jurisdiction as the process of recognition of Native rights proceeded under the *Constitution Act, 1982*. The series of meetings and conferences culminated in the Charlottetown Accord which included an amendment to subsection 91(24) to include the Aboriginal peoples of Canada but which also recognized Alberta's jurisdiction to make laws affecting Métis in Alberta to the extent that it did not conflict with federal laws—in which event federal law would prevail.

[507] The federal public position, while contrary to the earlier position of recognizing its jurisdiction over MNSI, became one of disavowing that subsection 91(24) included Métis and Non-Status Indians.

[508] It is the plaintiffs' argument that the reason for the shift in federal position was the recognition of the financial, legislative and political impacts flowing from such acknowledgement. The defendants have not substantially rebutted that argument.

[509] However, the reasons are not relevant to the legal considerations of constitutional interpretation. The Court will not draw any sort of "bad faith" conclusion. It is reasonable for governments to be concerned about the consequences of constitutional interpretation but the legal interpretation cannot be driven by such consequences.

des Métis, mais les deux paliers de gouvernement ont joué un rôle très important auprès de tous les peuples autochtones; il s'agit, selon nous, de l'approche qui nous servira le mieux à l'avenir et c'est de cette manière que nous voulons aborder la question.

Nous n'avons pas l'intention d'invoquer des avis juridiques, ou des avis sur ce que dit la Constitution, pour nier notre responsabilité ou notre intérêt à l'égard des Métis. Nous nous considérons comme responsables et intéressés. Je crois donc que la question est vraiment en grande partie hypothétique [...]

[506] À compter de ce moment-là, le gouvernement fédéral était moins porté à accepter qu'il avait compétence, alors que le processus de reconnaissance des droits des Autochtones prévu à la *Loi constitutionnelle de 1982* était enclenché. La série de rencontres et de conférences avaient abouti à l'Accord de Charlottetown, lequel comportait une modification au paragraphe 91(24) qui visait à y inclure tous les peuples autochtones du Canada, mais où on y avait aussi reconnu la compétence de l'Alberta d'adopter des lois concernant les Métis en Alberta, dans la mesure où cela n'entraînait pas en conflit avec des lois fédérales — auquel cas, la loi fédérale aurait préséance.

[507] La position publique du gouvernement fédéral, bien que contraire à la position antérieure de reconnaissance de sa compétence à l'égard des MNSI, consistait dorénavant à renier le fait que le paragraphe 91(24) incluait les Métis et les Indiens non inscrits.

[508] Les demandeurs prétendent que ce changement de position du gouvernement fédéral s'expliquait par la prise de conscience des répercussions financières, législatives et politiques qui découleraient d'une telle reconnaissance. Les défendeurs n'ont pas vraiment réfuté cette prétention.

[509] Ces répercussions ne sont toutefois pas des considérations juridiques devant être prises en compte dans une interprétation constitutionnelle. La Cour ne tirera absolument aucune conclusion de « mauvaise foi ». Il est raisonnable que des gouvernements soient préoccupés par les conséquences d'une interprétation de la Constitution; par contre, une interprétation juridique ne peut être guidée par ces conséquences.

[510] However, even while the federal government was disavowing jurisdiction over Non-Status Indians, it was amending the *Indian Act* in Bill C-31 to include as Status Indians a number (but not the maximum number) of people who were Non-Status Indians.

[511] In 1984 the federal government recognized the Conne River people of Newfoundland as an Indian band; thereby moving these Non-Status Indian people to Status. A similar circumstance in 2008 with respect to Qalipu Band of Newfoundland arose whereby this landless group of Non-Status Indians became a recognized band.

[512] Despite the recent history of federal resistance to jurisdiction over MNSI, until the 1980s the federal position was one of general acceptance of jurisdiction and subsequently even where it shied away from such acceptance, it continued to move certain Native people between Non-Status Indians and Status in obvious recognition and exercise of its jurisdiction under subsection 91(24).

F. Treaties and Half-Breeds

[513] Both parties acknowledge that half-breeds were from time to time either offered treaty protection in lieu of land grants or were moved in and out of treaty for various reasons. The importance of this evidence is that treaty, protection and benefits, is a power directly related to being an “Indian” for purposes of the Constitution. Treaties are not made or implemented with other groups in Canadian society—it is a *sui generis* exercise of Crown prerogative and the Indian power.

[514] As early as the 1850s, according to Alexander Morris’ book (1880) *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories Including the Negotiations on Which They Were Based*

[510] Cependant, alors même que le gouvernement fédéral niait avoir compétence à l’égard des Indiens non inscrits, il avait, par le projet de loi C-31, modifié la *Loi sur les Indiens* de manière à accorder le statut d’Indien inscrit à un certain nombre de personnes (mais pas à toutes) qui étaient des Indiens non inscrits.

[511] En 1984, le gouvernement fédéral avait reconnu le peuple de Conne River, à Terre-Neuve en tant que bande indienne, ce qui avait eu pour effet que les membres de cette bande étaient passés du statut d’Indiens non inscrits à celui d’Indiens inscrits. Une situation similaire s’est produite en 2008 en ce qui a trait à la bande Qalipu, à Terre-Neuve, alors que ce groupe d’Indiens non inscrits sans assise territoriale est devenu une bande reconnue.

[512] Malgré la réticence du gouvernement fédéral à reconnaître sa compétence à l’égard des MINI au cours de l’histoire récente, sa position était, jusqu’aux années 1980, celle d’une acceptation générale de la compétence. Par la suite, même lorsqu’il répugnait à reconnaître cette compétence, il continuait d’accorder ou d’enlever le statut d’Indien inscrit à des Autochtones, ce qui constitue une reconnaissance manifeste et un exercice évident de sa compétence au titre du paragraphe 91(24).

F. Les traités et les métis

[513] Les deux parties reconnaissent que, de temps à autre, les métis s’étaient vus offrir la protection conférée par un traité en remplacement de concessions de terres, ou étaient inclus et exclus d’un traité pour diverses raisons. L’importance de cet élément de preuve est que la faculté d’adhérer à un traité prévoyant une protection et des avantages est directement liée au fait d’être un « Indien » au sens de la Constitution. Il n’y a pas eu de traités conclus ou ratifiés à l’égard d’autres groupes de la société canadienne — il s’agit d’un exercice *sui generis* de la prérogative de la Couronne et de la compétence à l’égard des Indiens.

[514] Déjà dans les années 1850, selon l’ouvrage de 1880 *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories Including the Negotiations on Which They Were Based and Other*

and Other Information Relating Thereto, William B. Robinson, Commissioner to negotiate the surrender of lands on the north shore of Lakes Huron and Superior, denied half-breed requests for land because there was no power to give half-breeds free grants of land. The annuities were paid to the chiefs to be distributed and, as half-breeds were included in the redistribution of annuity payments, it was up to the chiefs to give to half-breeds as much or as little as they wanted.

[515] As detailed earlier, in the Manitoba area, those half-breeds residing among the Indians were given the choice of taking scrip or treaty.

[516] As the result of concerns that some half-breeds were (by today's terms) "double dipping" in claiming the benefits of both Indian status and rights being given to half-breeds in terms of scrip, the federal government tried to force these people to choose one or the other.

[517] This equivocal state of affairs continued from 1871 to 1877 when Treaties No. 1 to 7 were concluded. Ms. Jones detailed the lack of impediments and the incentives to take treaty particularly as the annuities were being distributed well before any scrip was available.

[518] With respect to Treaties Nos. 8, 10 and 11, between 1899 and 1921, Ms. Jones outlined the experience under those treaties that land and scrip were offered to the half-breeds at the same time and that the policy was that it was a matter of choice which one would take.

[519] Ms. Jones further outlined the problem created once scrip was available in the Northwest. Many of those who had taken treaty wanted to withdraw and take scrip. Scrip could be sold to land speculators for immediate cash. It was not difficult to withdraw and take scrip because a large number of the Natives in the Northwest were of such mixed heritage.

Information Relating Thereto rédigé par M. Morris, M. Robinson, le commissaire mandaté pour négocier la cession de terres sur la rive nord des lacs Huron et Supérieur, avait rejeté les demandes territoriales des métis, parce qu'il n'y avait pas de pouvoir pour concéder gratuitement des terres au métis. Les rentes à distribuer étaient versées aux chefs, et, puisque les métis étaient inclus dans la redistribution des rentes, les chefs leur donnaient la partie des rentes qu'ils voulaient bien leur donner.

[515] Comme il a précédemment été exposé en détail, dans la région du Manitoba, les métis vivant parmi les Indiens avaient eu le choix entre accepter un certificat ou adhérer au traité.

[516] En raison d'inquiétudes portant que certains métis, en revendiquant à la fois les avantages liés au statut d'Indien et les droits conférés aux métis par l'entremise des certificats, jouissaient (en termes d'aujourd'hui) d'un « cumul d'avantages », le gouvernement fédéral avait tenté de forcer les métis à choisir l'un ou l'autre.

[517] Cette situation ambiguë avait duré de 1871 à 1877, soit la période où les Traités n^{os} 1 à 7 avaient été conclus. M^{me} Jones a donné des détails au sujet de l'absence d'obstacles à l'adhésion au traité et des incitatifs à adhérer à ces traités, d'autant plus que la distribution des rentes avait débuté bien avant que les certificats ne soient offerts.

[518] En ce qui concerne les Traités n^{os} 8, 10, et 11, conclus entre 1899 et 1921, M^{me} Jones a souligné l'expérience vécue sous ces traités, où des terres et des certificats étaient simultanément offerts au métis, et où, selon la politique de l'époque, les métis choisissaient entre ces deux possibilités.

[519] M^{me} Jones a aussi exposé le problème créé dans le Nord-Ouest, une fois que les certificats y furent offerts. De nombreux métis ayant adhéré à un traité voulaient se retirer de celui-ci et accepter un certificat. Le certificat pouvait être vendu à des spéculateurs fonciers en échange d'argent comptant. Il n'était pas difficile de se retirer d'un traité et d'accepter un

[520] While there were incentives to take scrip, albeit perhaps short-term, from the perspective of the government officials, there was no real system for differentiating between “Indians” and half-breeds, and the term “half-breed”, as Ms. Jones confirmed, was often indiscriminately used at the time.

[521] The problem of “double dipping” was one of the policy concerns in *The Indian Act, 1876*. The legislation attempted to draw a distinction between “half-breeds” and “Indians”. The legislation applied to all the provinces and to the Northwest Territories, including the territory of Keewatin (*The Indian Act, 1876*, above, section 1).

[522] While it is not necessary to the purposes of this case to interpret this statute, it is sufficient to accept Dr. Wicken’s evidence that the legislation was understood to:

- define Indians as including half-breeds;
- include as Indians those people living off-reserve;
- provide that no half-breed who received land under section 31 of the *Manitoba Act, 1870* be considered an Indian under this *Indian Act*;
- yet include half-breed men who received section 31 *Manitoba Act, 1870* land, were not children, did not have families and may have engaged in the buffalo hunt, as Indians under that Act, as were half-breed women.

[523] The evidence of Ms. Jones laid out a number of examples of individuals who had taken treaty or scrip but allowed to change their choice. In some cases the readmission of half-breeds to treaty was due to them being destitute and starving. In summary, there were at

certificat, car un grand nombre d’Autochtones du Nord-Ouest étaient d’ascendance mixte.

[520] Bien qu’il y eut des avantages, à court terme toutefois, à accepter un certificat, il n’y avait pas, dans la perspective des fonctionnaires, de réel système en place pour différencier les « Indiens » et les métis, et, comme l’a confirmé M^{me} Jones, le terme « métis » (*half-breed*) fut souvent employé sans distinction à cette époque.

[521] Le problème du « cumul d’avantages » était une des préoccupations générales abordées dans *l’Acte des Sauvages, 1876*. La loi tentait d’établir une distinction entre « métis » et « Sauvages » et s’appliquait à toutes les provinces et aux Territoires-du-Nord-Ouest, y compris le territoire de Keewatin (*l’Acte des Sauvages, 1876* [précité], article 1).

[522] Bien qu’il ne soit pas nécessaire de se livrer à une interprétation de cette loi pour les besoins de la présente affaire, il suffit de dire que, selon le témoignage de M. Wicken, on comprenait que cette loi :

- définissait le terme « Sauvages » comme comprenant les métis;
- incluait les personnes autochtones vivant hors réserve dans la définition du terme « Sauvages »;
- prévoyait qu’aucun métis ayant reçu des terres au titre de l’article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne sera considéré comme un « Sauvage » au sens de la Loi;
- visait toutefois les hommes métis ayant reçu des terres au titre de l’article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui n’étaient pas enfants, qui n’avaient pas de famille et qui pouvaient avoir pratiqué la chasse au bison en tant que Sauvages en vertu de la Loi, tout comme les femmes métisses.

[523] Dans son témoignage, M^{me} Jones a exposé un certain nombre d’exemples de personnes ayant adhéré à un traité ou accepté un certificat et auxquelles on avait permis de changer leur choix. Dans certains cas, la readmission des métis à un traité s’expliquait par le fait

least 800 withdrawals from treaty between 1885 and 1926 while there were “hundreds” of those who took scrip admitted or readmitted to treaty.

[524] I accept the evidence that there was, for administrative purposes, a very unclear or indistinct line between Indians and half-breeds. The reasons for this opaque distinction ranged from adhering to equitable principles in dealing with Aboriginals and compensating for Indian title to ensuring economic development in the West to humanitarian considerations.

[525] The weight of the evidence is that Métis were both included and excluded from recognized Indian status in accordance with changing government policies. It is also evident that the federal government adopted these flexible policies because it could and that it was assumed, implied and accepted that the federal government could do so because Métis were “Indians” under subsection 91(24).

X. LEGAL ANALYSIS AND CONCLUSIONS

A. Subsection 91(24)—Métis and Non-Status Indians

(1) Introduction

[526] This is the first case in which this Court has been asked to determine whether Métis and Non-Status Indians are a “matter” that “comes within” the class of “Indians” as provided in subsection 91(24). That provision vests in Parliament the exclusive power to make laws in relation to all matters coming within the class of subject “Indians, and Lands reserved for the Indians”.

[527] Professor Peter Hogg captured the essence of the modern debate in his text *Constitution Law of Canada* (5th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007), at page 28-4:

qu’ils étaient dans l’indigence et qu’ils n’avaient plus rien à manger. En bref, entre 1885 et 1926, il y avait eu au moins 800 cas de retrait d’un traité, alors que des « centaines » de personnes ayant opté pour un certificat avaient adhéré, ou adhéré de nouveau, à un traité.

[524] J’accepte la preuve selon laquelle il existait, sur plan administratif, une démarcation très floue et vague entre les Indiens et les métis. Les motifs expliquant cette distinction obscure variaient entre l’adhésion aux principes d’équité dans le traitement des Autochtones, l’indemnisation relative au titre Indien, le besoin de s’assurer du développement économique dans l’Ouest et les considérations humanitaires.

[525] L’essentiel de la preuve démontre que les Métis s’étaient à la fois vus conférer et retirer la reconnaissance du statut d’Indien, suivant les modifications aux politiques gouvernementales. Il est aussi évident que le gouvernement fédéral avait adopté ces politiques souples, parce qu’il le pouvait et qu’il était présumé, implicite et reconnu que le gouvernement fédéral avait la compétence de ce faire, car les Métis étaient des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

X. ANALYSE JURIDIQUE ET CONCLUSIONS

A. Le paragraphe 91(24) — les Métis et Indiens non inscrits

1) Introduction

[526] Il s’agit de la première affaire dans laquelle on demande à la Cour de trancher la question de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits sont une « matière » qui « tombe dans » la catégorie de sujet des « Indiens », au sens du paragraphe 91(24). Cette disposition confère au Parlement la compétence exclusive de faire des lois relativement à toutes les matières tombant dans la catégorie de sujet des « Indiens et terres réservées pour les Indiens ».

[527] Le professeur Peter Hogg a bien exprimé l’essence du débat d’aujourd’hui dans son ouvrage *Constitution Law of Canada* (5^e éd. Toronto : Thomson/Carswell 2007), à la page 28-4 :

It is probable that all status Indians are “Indians” within the meaning of s. 91(24) of the Constitution Act, 1867. But there are also many persons of Indian blood and culture who are outside the statutory definition. These “non-status Indians”, which number about 200,000, are also undoubtedly “Indians” within the meaning of s. 91(24), although they are not governed by the *Indian Act*.

The Métis people, who originated in the west from intermarriage between French Canadian men and Indian women during the fur trade period, received “half-breed” land grants in lieu of any right to live on reserves, and were accordingly excluded from the charter group from whom Indian status devolved. However, they are probably “Indians” within the meaning of s. 91(24)....

The Inuit or Eskimo people are also outside the reserve system, and are therefore not covered by the Indian Act definition, but they have been held to be “Indians” within the meaning of s. 91(24)....

[528] While the subsection 91(24) power must be confined to its constitutional limits, the scope of the term “Indian” has been determined to be broad (*In Re Eskimo Reference*, above, at pages 115–117, Duff C.J.):

... the ample evidence of the broad denotation of the term “Indian” as employed to designate the aborigines of Labrador and the Hudson’s Bay territories as evidenced by the documents referred to, would impose upon that term in the *British North America Act* a narrower interpretation by reference to the recitals of and the events leading up to the Proclamation of 1763. For analogous reasons I am unable to accept the list of Indian tribes attached to the instructions to Sir Guy Carleton as controlling the scope of the term “Indians” in the *British North America Act*. Here it may be observed parenthetically that if this list of tribes does not include Eskimo, as apparently it does not, neither does it appear to include the Montagnais Indians inhabiting the north shore of the St. Lawrence east of the Saguenay or the Blackfeet or the Cree or the Indians of the Pacific Coast.

...

Nor can I agree that the context (in head no. 24) has the effect of restricting the term “Indians.” If “Indians” standing alone in its application to British North America denotes the aborigines, then the fact that there were aborigines for whom

[TRADUCTION] Les Indiens inscrits sont probablement tous des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais il y a aussi de nombreuses personnes de culture et de sang indien qui sont exclues de la définition prévue par la loi. Ces « Indiens non inscrits », dont le nombre s’élève à environ 200 000, sont eux aussi incontestablement des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24), et ce, même s’ils ne sont pas visés par la *Loi sur les Indiens*.

Les Métis, un peuple ayant vu le jour dans l’Ouest, des suites des mariages entre des hommes canadiens-français et des femmes indiennes à l’époque du commerce des fourrures, ont reçu des concessions de terres de « métis », au lieu d’un droit de vivre dans des réserves, et ont par conséquent été exclus du groupe auquel le statut d’Indien a été dévolu à l’origine. Cependant, ils sont probablement des Indiens au sens du paragraphe 91(24) [...]

Les Inuits, ou les Eskimos, sont aussi exclus du régime des réserves, et ne sont donc pas visés par la définition prévue à la *Loi sur les Indiens*, mais on a toutefois conclu qu’ils étaient des Indiens au sens du paragraphe 91(24) [...]

[528] Bien que la compétence prévue au paragraphe 91(24) doive être circonscrite aux limites que lui impose la Constitution, il a été établi que le terme « Indiens » avait une portée large (*Renvoi sur les Esquimaux*, précité, aux pages 115 à 117 (le juge en chef Duff)) :

[TRADUCTION] [...] la preuve abondante étayant que le terme « Indiens » avait une signification large, puisque, comme le démontrent les documents évoqués, il était employé pour désigner les aborigènes du Labrador et des territoires de la baie d’Hudson, aurait pour effet d’imposer, par renvoi aux attendus de la Proclamation de 1763 et aux événements ayant conduit à celle-ci, une interprétation plus étroite de ce terme au sens de l’AANB. Pour des motifs analogues, je ne peux accepter que la liste des tribus indiennes jointes aux instructions transmises à sir Guy Carleton ait pour effet de délimiter la portée du terme « Indiens » au sens de l’AANB. Dans ce cas, on pourrait aussi faire remarquer incidemment que, si cette liste de tribus ne comprend pas les Eskimos, car il semblerait que ce ne soit pas le cas, elle ne semble pas non plus comprendre les Indiens montagnais habitant la rive Nord du Saint-Laurent à l’est du Saguenay, ni les Pieds noirs, ni les Cris, ni les Indiens de la côte du Pacifique.

[...]

Je ne peux convenir non plus que le contexte (du chef de compétence n° 24) a pour effet de restreindre la portée du terme « Indiens ». Si le terme « Indiens », pris isolément dans son application en Amérique du Nord britannique, désigne les

lands had not been reserved seems to afford no good reason for limiting the scope of the term “Indians” itself.

[529] However, the scope of the term “Indian” must be consistent with the purposes, the objects, of subsection 91(24). Justice Pigeon, in *Canard*, above, at page 191—a case which focused extensively on the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, in the context of the *Indian Act*—described the object of subsection 91(24), as it relates to Indians, is to enable Parliament to make and pass laws applicable only to Indians as such.

[530] In the same decision Justice Beetz, at page 207, held that subsection 91(24) created a racial classification and refers to a racial group for whom the Constitution contemplates possible special treatment. The federal government, within the constitutional limits, could further define the persons who fall within the group based upon marriage, filiation, intermarriage in the light of Indian customs and values or in light of legislation history:

The *British North America Act, 1867*, under the authority of which the *Canadian Bill of Rights* was enacted, by using the word “Indians” in s. 91(24), creates a racial classification and refers to a racial group for whom it contemplates the possibility of a special treatment. It does not define the expression “Indian”. This Parliament can do within constitutional limits by using criteria suited to this purpose but among which it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages, in the light of either Indian customs and values which, apparently were not proven in *Lavell*, or of legislative history of which the Court could and did take cognizance.

[531] On the evidence in this case, both Non-Status Indians and Métis are connected to the racial classification “Indian” by way of marriage, filiation and most clearly intermarriage.

[532] Non-status Indians and Métis were differentiated from others in Canadian society, particularly

aborigènes, alors le fait qu’il y avait des aborigènes pour lesquels aucune terre n’avait été réservée semble ne donner aucune raison valable de limiter la portée du terme « Indiens » même.

[529] Cependant, la portée du terme « Indiens » doit être cohérente avec les objectifs du paragraphe 91(24). Dans l’arrêt *Canard*, précité, une affaire qui traitait de manière approfondie de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice III, dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*, le juge Pigeon avait décrit, à la page 191, que ce que vise le paragraphe 91(24) quant aux Indiens, c’est à habiliter le Parlement à faire et à adopter des lois qui ne s’appliquent qu’aux Indiens comme tels.

[530] Dans le même arrêt, le juge Beetz avait conclu, à la page 207, que le paragraphe 91(24) créait une catégorie raciale et visait un groupe racial pour lequel la Constitution envisage la possibilité d’un traitement particulier. Le gouvernement fédéral, dans les limites de la Constitution, pouvait définir plus précisément qui tombait dans les limites de ce groupe, en fonction du mariage, de la filiation et des mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière des coutumes et des valeurs indiennes ou de l’historique de la législation :

En employant le mot « Indien » dans l’art. 91(24), l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, sous l’empire duquel la *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée, crée une catégorie raciale et il vise un groupe racial pour lequel il envisage la possibilité d’un traitement particulier. Il ne définit pas le terme « Indien », ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces normes, il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes dont apparemment on n’a pas fait la preuve dans *Lavell*, soit de l’historique de la législation dont la cour pouvait prendre connaissance et dont elle a effectivement pris connaissance.

[531] Selon la preuve présentée dans la présente affaire, les Indiens non inscrits et les Métis sont apparentés à la catégorie raciale des « Indiens » par la voie du mariage, de la filiation et, plus clairement, du mariage entre Indiens et non-Indiens.

[532] Une distinction existait entre les MINI et les autres groupes de la société canadienne, et surtout celui

Euro-Canadians, because of their connection to this racial classification. To the extent that they were discriminated against or subjected to different treatment, such as in schooling, liquor laws, land and payments (as detailed earlier), it was based on their identification with or connection to Indian ancestry. The single most distinguishing feature of either Non-Status Indians or Métis is that of “Indianness”, not language, religion or connection to European heritage.

[533] Against the factual background outlined in this decision, the matter of the constitutional interpretation of this head of power must proceed on accepted principles.

(2) Interpretation Principles

[534] There is dispute between the parties as to which constitutional interpretation principles apply. The plaintiffs say that only the purposive approach is valid—one that requires a broad, purposive analysis which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects (see *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 156). The defendants, on the other hand, argue that the courts use three (not necessarily conflicting) approaches—the historic, the purposive and the progressive.

[535] With respect to the interpretative approach in *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, the Quebec Court of Appeal was found to have erred in adopting an original intent approach to interpreting the Constitution rather than the progressive approach which the Supreme Court had adopted for many years. The Supreme Court cautioned against undue reliance on debates and correspondence in reaching conclusions on the precise scope of legislative competence. This judicial caveat is more applicable to analysing the constitutional competence of specific legislation than in interpreting the scope of the head of power itself but it does speak to the reliability

des Canadiens d’origine européenne, du fait de leur apparemment à cette classification raciale. Dans la mesure où ils ont fait l’objet de discrimination et de régimes différents en matière d’instruction, de lois relatives à l’alcool, de terres et de versement de rentes (tel que cela a été expliqué précédemment), cela reposait sur le fait qu’ils s’identifiaient à leur origine indienne ou à leur lien avec celle-ci. La principale caractéristique distinctive des Indiens non inscrits et des Métis est leur « quiddité indienne », et non leur langue, leur religion ou leur lien avec leur patrimoine européen.

[533] Compte tenu du contexte factuel exposé dans la présente décision, la question de l’interprétation constitutionnelle de ce chef de compétence doit être examinée en fonction des principes reconnus.

2) Les principes d’interprétation

[534] Les parties ne s’entendent pas quant à la question de savoir quels sont les principes d’interprétation constitutionnelle applicables. Les demandeurs affirment que seule l’approche téléologique — qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d’un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges (voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 156) — est applicable. En revanche, les défendeurs prétendent que les cours adoptent trois approches (qui ne sont pas nécessairement opposées) — l’approche historique, l’approche téléologique et l’approche évolutive.

[535] En ce qui concerne la démarche d’interprétation, on avait conclu, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, que la Cour d’appel du Québec avait commis une erreur de droit en adoptant une approche originaliste à l’égard de l’interprétation de la Constitution, plutôt que l’approche évolutive à laquelle la Cour suprême du Canada adhérerait depuis nombre d’années. La Cour suprême du Canada avait formulé une mise en garde contre le fait de se fonder de manière indue sur les débats ou sur la correspondance pour tirer des conclusions quant à l’étendue exacte de la compétence législative. Cette mise en garde judiciaire s’applique

of this type of evidence as a basis for concluding on the breadth of the power.

[536] This Court has placed greater reliance on what was done by the federal government *vis-à-vis* “Indians” in the early years of Confederation as indicative of intent and scope of subsection 91(24) than on statements made in the political milieu. As noted earlier, Macdonald’s assertion as to the purpose of scrip in Manitoba to extinguish Métis Indian land rights and his subsequent resiling therefrom must be taken with a degree of caution.

[537] As to direct discussion pre- and post-Confederation as to the Indian power, as indicated earlier, there is little evidence of such. These are not the debates and documents often referred to. What can be examined is legislation and actions by various levels of government.

[538] I accept the plaintiffs’ submission that the purposive approach—the “living tree” doctrine—is the appropriate approach (see *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698). History helps to understand perspectives on the purpose but does not necessarily determine the purpose for all time. This is particularly the case with a constitution power which has, at some level, racial tones and which involved people who were seen in a light which today we would find offensive. Racial stereotyping is not a proper basis for constitutional interpretation.

[539] The defendants’ argument that the purpose of subsection 91(24) was to allow the federal government the power to protect Indians and their lands because

davantage à une analyse de la compétence constitutionnelle relative à une loi en particulier qu’à une interprétation de la portée du chef de compétence même, mais elle en dit long sur la fiabilité de ce type de preuve en tant que fondement d’une conclusion quant à la portée de la compétence.

[536] La Cour s’est davantage fondée sur les mesures prises par le gouvernement fédéral à l’égard des « Indiens » dans les premières années de la Confédération que sur les déclarations tirées du milieu politique pour dégager l’objectif et la portée du paragraphe 91(24). Comme il a été mentionné précédemment, l’affirmation de M. Macdonald selon laquelle l’objectif des certificats au Manitoba était d’éteindre les droits fonciers que détenaient les Métis à titre d’Indiens, et sa rétractation subséquente, doivent être abordés avec une certaine prudence.

[537] Comme il a été mentionné précédemment, il existe peu de preuve des discussions portant directement sur la compétence à l’égard des Indiens, et ce, autant avant la Confédération qu’après la Confédération. Il ne s’agit pas de débats et de documents auxquels on fait souvent référence. Il est toutefois possible d’examiner les lois adoptées et les mesures prises par les divers paliers de gouvernement.

[538] Je souscris à l’observation des demandeurs voulant que l’approche téléologique — la doctrine de « l’arbre vivant » — soit l’approche à retenir (voir *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698). L’histoire est utile pour comprendre les perspectives quant à l’objectif, mais cet objectif n’est pas nécessairement fixe pour toujours. C’est particulièrement le cas en ce qui concerne une compétence constitutionnelle qui a, jusqu’à un certain point, une connotation raciale et qui intéressait des gens qui étaient perçus d’une manière qui serait, de nos jours, considérée comme choquante. Le stéréotypage racial n’est pas un fondement valable d’une interprétation constitutionnelle.

[539] L’argument des défendeurs, selon lequel le paragraphe 91(24) avait pour but de conférer au gouvernement fédéral le pouvoir de protéger les Indiens et leurs

Indians were viewed as childlike uncivilized people (the defendants were clear that it did not endorse that view of the Natives) ignores the far broader and more acceptable purposes for the subsection 91(24) power. These include the acceptance of the Crown's responsibilities to Natives, obligations under *The Royal Proclamation, 1763*, the need for coordinated approach to Natives rather than the balkanized colonial regimes and the need to deal with the rapid and forcible expansion into the West, including Euro-Canadian settlement and the building of the national railway.

[540] The Supreme Court's approach in the *Reference re Same-Sex Marriage* decision, above, is particularly helpful. In addition to setting forth the purposive approach, the Court also stated at paragraph 23 that the interpretation of constitutional powers is to be large and liberal or progressive.

[541] The Supreme Court also distinguished and refused to apply the "intention of the framers" approach used in *Blais*, above (discussed more fully later), a decision relied upon heavily by the defendants to narrow the scope of subsection 91(24). The *Blais* case considered the interpretative question in relation to a particular constitutional agreement as opposed to a head of power and was therefore distinguishable from the present case.

[542] The Court also reaffirmed the principle of exhaustiveness, an essential characteristic of the federal distribution of powers which ensures that the whole legislative power, whether exercised or merely potential, is distributed between Parliament and the legislature.

[543] The Supreme Court of Canada has also cautioned courts on the extent to which the living tree doctrine can be applied. It cannot be used to change the

terres, parce que les Indiens étaient considérés comme un peuple enfantin non civilisé (les défendeurs ont été clairs sur le fait qu'ils n'endossaient pas ce point de vue à l'égard des Autochtones), fait abstraction des objectifs bien plus larges et plus acceptables de la compétence prévue au paragraphe 91(24). Ces objectifs comprennent l'acceptation des responsabilités de la Couronne à l'égard des Autochtones, qui découlaient de la *Proclamation royale (1763)*, la nécessité d'adopter une approche concertée à l'égard des Autochtones, en opposition au morcellement qui prévalait dans les régimes coloniaux, ainsi que de la nécessité de composer avec l'expansion rapide et forcée vers l'Ouest, notamment la colonisation par les Canadiens d'origine européenne et la construction du chemin de fer national.

[540] L'approche retenue par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, est particulièrement utile. En plus d'y exposer l'approche téléologique, la Cour avait aussi énoncé, au paragraphe 23, que les compétences constitutionnelles devaient être interprétées de manière large et libérale, ou progressiste.

[541] La Cour suprême du Canada a aussi écarté et refusé d'appliquer l'approche de « l'intention des rédacteurs », qui avait été retenue dans l'arrêt *Blais*, précité, un arrêt sur lequel les défendeurs s'appuient grandement pour rétrécir la portée du paragraphe 91(24) (et dont la Cour discutera en détail ci-après). Dans l'arrêt *Blais*, la Cour suprême du Canada avait examiné la question d'interprétation dans le contexte d'un accord constitutionnel précis, plutôt que dans celui d'un chef de compétence, et, par conséquent, il est possible de faire une distinction entre cet arrêt et la présente affaire.

[542] La Cour suprême du Canada avait aussi réaffirmé que le principe de l'exhaustivité, qui est une caractéristique essentielle du partage des compétences, veut que la totalité des pouvoirs législatifs, exercés ou simplement susceptibles de l'être, soient répartis entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales.

[543] La Cour suprême du Canada avait aussi mis en garde les tribunaux quant à la mesure dans laquelle la doctrine de l'arbre vivant pouvait être appliquée. On ne

nature of the power to suit evolving societal views (*Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511, at paragraphs 29–30):

This is the context in which s. 91(2A) became part of the Canadian Constitution. This provision must nonetheless be interpreted in the same way as other provisions relating to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures. It is necessary to identify the essential elements of the power and determine whether the adopted measures are “consistent with the natural evolution of that power” (*Reference*, at para. 44).

In this analysis of the content of legislative powers, changes in the way such powers are exercised and in the interplay of the powers assigned to the two levels of government often raise difficult problems. The solutions that must be applied when exercising powers change where new problems must be addressed. However, the evolution of society cannot serve as a pretext for changing the nature of the division of powers, which is a fundamental component of the Canadian federal system. The power in question must be interpreted generously, but in a manner consistent with its legal context, having regard to relevant historical elements (*Reference*, at paras. 45-46; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 201-2). [Emphasis added.]

[544] Both in principle and in practice, one of the essential elements of the Indian power was to vest in the federal government the power to legislate in relation to people who are defined, at least in a significant way, by their Native heredity. As said earlier, the factor which distinguishes both Non-Status Indians and Métis from the rest of Canadians (and has done so when this country was less culturally and ethnically diverse) is that Native heritage—their “Indianness”.

(3) Judicial Guidance

[545] Precedent has made clear that the term “Indians” in subsection 91(24) is broader than the definition of “Indian” in the *Indian Act* which was passed under the authority of subsection 91(24) (see *Canard*, above, at page 207, earlier quoted):

peut avoir recours à cette doctrine en vue de dénaturer une compétence pour que celle-ci suive l’évolution de la société (*Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511, aux paragraphes 29 et 30) :

Le paragraphe 91(2A) a pris place dans la Constitution canadienne dans ce contexte. Il doit être néanmoins interprété comme les autres dispositions relatives au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. Il faut rechercher les éléments essentiels de ce pouvoir et déterminer si les mesures adoptées « s’insère[nt] dans son évolution naturelle » (*Renvoi*, par. 44).

Dans cette analyse du contenu des pouvoirs législatifs, l’évolution des modalités de leur exercice et l’interaction des compétences accordées aux deux niveaux de gouvernement posent souvent des problèmes délicats. Les solutions qui doivent se dégager dans la mise en œuvre des pouvoirs évoluent pour faire face à des problèmes nouveaux. Cependant, l’évolution de la société ne peut servir de prétexte à la dénaturation du partage des pouvoirs qui représente un élément fondamental du système fédéral canadien. Une interprétation généreuse de la compétence en cause s’impose, mais dans le respect de son contexte juridique, en prenant en compte les éléments historiques pertinents (*Renvoi*, par. 45-46; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008), p. 201-202). [Non souligné dans l’original.]

[544] Un des éléments essentiels de la compétence sur les Indiens, autant en principe qu’en pratique, était de conférer au gouvernement fédéral le pouvoir d’adopter des lois relatives à des gens qui sont définis, au moins de manière significative, par leur ascendance autochtone. Comme il a été mentionné précédemment, le facteur qui distingue les Indiens non inscrits et les Métis du reste des Canadiens (et qui les distinguaient lorsque le pays était moins diversifié d’un point de vue culturel et ethnique) est leur ascendance autochtone, leur « quiddité indienne ».

3) Les directives judiciaires

[545] Il ressort clairement des précédents que le terme « Indiens », tel qu’employé au paragraphe 91(24), a une portée plus large que le terme « Indiens » au sens de la *Loi sur les Indiens*, qui avait été adoptée en vertu du pouvoir conféré par le paragraphe 91(24)

This Parliament can do within constitutional limits by using criteria suited to this purpose but among which it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages, in the light of either Indian customs and values which, apparently were not proven in *Lavell*, or of legislative history of which the Court could and did take cognizance.

[546] Parliament cannot only set qualifications for admission to Indian status under the Act but it can also amend the statute which effectively can add or reduce the number of persons entitled to status (see *Canard*, above). This, Parliament has done from time to time. The impact of such amendments is to take persons who are Non-Status Indians and make them Status Indians or turn certain Status Indians into Non-Status Indians.

[547] The proposition that “Indian” for purposes of subsection 91(24) is broader than that term in the Act was clearly established in *In Re Eskimo Reference*, above (to be discussed more fully later). On a reference the Supreme Court of Canada concluded that Eskimos (now referred to more properly as “Inuit”) were Indians for subsection 91(24). Inuit, however, are not “Indians” under the *Indian Act* and have never been so. The class of people who are “Indians” for constitutional purposes includes Indians who are not Status Indians but who are Indians nonetheless.

[548] The Constitution limits on who may be Indian have already been referred to in paragraph 545 but include, as *per* Beetz in *Canard*, above, marriages recognized by Indian customs and values.

[549] The defendants have acknowledged this wider group of Indians, the MNSI, in its Bill C-47 [1984, died

(voir *Canard*, précité, à la page 207 (passage reproduit précédemment)).

[...] ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces normes, il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes dont apparemment on n’a pas fait la preuve dans *Lavell*, soit de l’historique de la législation dont la cour pouvait prendre connaissance et dont elle a effectivement pris connaissance.

[546] Le Parlement peut non seulement établir les critères d’admissibilité au statut d’Indien inscrit au sens de la Loi, mais peut aussi modifier la Loi, ce qui peut effectivement entraîner une augmentation ou une diminution du nombre de personnes ayant droit au statut (voir *Canard*, précité). Le Parlement a apporté de telles modifications à quelques reprises. Ces modifications ont eu pour effet de donner le statut d’Indien inscrit à des Indiens non inscrits, ou que certains Indiens inscrits sont devenus des Indiens non inscrits.

[547] La thèse voulant que le terme « Indiens » ait une portée plus large au sens du paragraphe 91(24) qu’au sens de la Loi avait clairement été établi dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité (dont il sera discuté plus en détail plus loin). La Cour suprême du Canada avait conclu, dans le contexte d’un renvoi, que les Esquimaux (maintenant désignés par le terme plus approprié « Inuits ») étaient des Indiens pour les besoins du paragraphe 91(24). Cependant, les Inuits ne sont pas, et n’ont jamais été, des « Indiens » au sens de la *Loi sur les Indiens*. La catégorie de gens qui sont des « Indiens » pour les besoins de la Constitution comprend les Indiens qui ne sont pas des Indiens inscrits, mais qui sont néanmoins des Indiens.

[548] Il a déjà été question, au paragraphe 545, des limites prévues par la Constitution quant à la question de savoir qui peut être un Indien; ces limites comprennent, comme l’avait exposé le juge Beetz dans l’arrêt *Canard*, précité, ceux dont le mariage était reconnu par les coutumes et les valeurs indiennes.

[549] Les défendeurs avait reconnu ce groupe plus vaste d’Indiens, les MINI, dans les projets de loi C-47

on the Order Paper] and Bill C-31 (subsequently passed) under which they initially granted status to MNSI and their first and second generation descendants; subsequently limited in Bill C-31 to MNSI women and their first generation descendants. There is no Constitution imperative that the cut-off for Indian status is the first generation. As pointed out earlier, the use of the first generation cut-off left behind approximately 55 000 people and their descendants who otherwise would be Status Indians. These people are “Indians”, even in the defendants’ view, for constitutional purposes.

[550] In *In Re Eskimo Reference*, above, the Supreme Court of Canada had to consider whether Eskimos (Inuit) were Indians for purposes of subsection 91(24). Both parties rely extensively on this decision but suggesting that it teaches in opposite directions. The decision must be viewed with care, as it was a reference, not a trial where evidence is tested and also because it did not apply a purposive approach. Most importantly, it did not specifically address the issue of Métis or half-breeds.

[551] Despite these limitations the decision is helpful in several aspects. One of the most important is that it established that the term “Indian” in subsection 91(24) is much broader than the *Indian Act* and that it encompassed people of Aboriginal heritage not usually identified with the tribes of the more southern regions of Canada (see *Canadian Pioneer Management Ltd. et al. v. Labour Relations Board of Saskatchewan et al.*, [1980] 1 S.C.R. 433).

[552] In that regard the Supreme Court rejected the argument that the term “Indian” was restricted to those tribes recognized at the time of the Royal Proclamation [of 1763]. The Supreme Court’s approach was to

[1984, expiré au Feuilleton] et C-31 (qui a subséquentement été adopté), au titre desquels on avait initialement accordé le statut d’Indien inscrit aux MINI ainsi qu’à leurs descendants de première et deuxième génération; cette mesure avait par la suite été limitée, dans le projet de loi C-31, aux femmes MINI et à leurs descendants de première génération. La Constitution n’impose pas que la ligne de démarcation pour l’obtention du statut d’Indien inscrit soit la première génération de descendants. Comme il a été souligné précédemment, le recours au critère de la première génération de descendants avait laissé pour compte environ 55 000 personnes, et leurs descendants, qui seraient autrement des Indiens inscrits. Même les défendeurs sont d’avis que ces gens sont des « Indiens » pour les besoins de la Constitution.

[550] Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, la Cour suprême du Canada devait examiner la question de savoir si les Esquimaux (les Inuits) étaient des Indiens pour les besoins du paragraphe 91(24). Les deux parties invoquent abondamment cet arrêt, mais en tirent cependant des enseignements opposés. Cet arrêt doit être examiné avec prudence, parce qu’il s’agissait d’un renvoi, et non d’un procès dans lequel il y aurait eu appréciation de la preuve, et aussi parce que la Cour suprême du Canada n’avait pas retenu une approche téléologique. Plus important encore, cet arrêt ne traitait pas spécifiquement de la question des Métis [ou « half-breeds »].

[551] En dépit de ces limites, l’arrêt est cependant utile, et ce, sous plusieurs aspects. L’un de ces aspects les plus importants est que l’arrêt avait établi que le terme « Indiens » a une portée plus large au paragraphe 91(24) que dans la *Loi sur les Indiens* et qu’il englobait les personnes d’ascendance autochtone qui n’étaient pas habituellement associées aux tribus vivant dans les régions plus méridionales du Canada (voir *Canadian Pioneer Management Ltd et autres c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433).

[552] À cet égard, la Cour suprême du Canada avait rejeté l’argument portant que le terme « Indien » était restreint aux tribus reconnues à l’époque de la Proclamation royale [de 1763]. Sa démarche fut d’examiner

examine the historical documents to determine how Inuit were viewed and treated. The Justices came to their common conclusion but focusing on different documents and taking different meaning therefrom.

[553] The Supreme Court, however, specifically rejected the notion that to be a subsection 91(24) Indian, one had to live in a tribe, on a reserve or to have rights in or to land. However, the claim to rights in land and the attempt to extinguish such rights shows, particularly in respect of Métis, a recognition that Métis had a sufficient connection to this Native heritage to fall within the broad class of “Indian”.

[554] It is instructive that in the modern context Métis, while not in a tribe, are seen to be in a “community” not unlike that referred to in *In Re Eskimo Reference*, above (*Labrador Métis Nation*, above, at paragraph 50):

The fact that the Labrador Metis people do not occupy a single fixed community should not be surprising considering that the lifestyles of the early Inuit was not one of settlement, but migratory in the sense that the people followed the animals, fish, and plant life on a seasonal basis. The Europeans with whom they eventually mixed also were scattered along the harsh coast of Labrador in small numbers necessary for the prosecution of the fishery. However, in order to survive in the harsh Labrador climate they soon adopted the Inuit means of survival off the land. This resulted in a regional identification of settlement such as the “straits” area of southern Labrador or the “Belle Isle” area or the “South Coast” area. This is not, I would suggest, dissimilar to the Metis concept of community which the Supreme Court of Canada in *Powley* (supra) accepted as having emerged in the upper Great Lakes region, that is, it was regional in nature.

[555] A common thread in the decision was to speak of Inuit as part of the people identified as “aborigines” and that the term “Indian” was broad enough to cover all “aborigines” (see *In Re Eskimo Reference*, above, at

les documents historiques pour établir comment les Inuits étaient perçus et traités. Les juges en sont venus à une conclusion commune, mais ne s’étaient pas tous fondés sur les mêmes documents et n’en avaient pas tous tiré la même interprétation.

[553] Cependant, la Cour suprême du Canada avait explicitement rejeté la notion selon laquelle il était nécessaire de vivre au sein d’une tribu, de résider dans une réserve ou d’avoir des droits sur des terres pour être un Indien au sens du paragraphe 91(24). Toutefois, la prétention relative aux droits fonciers ainsi que la tentative d’éteindre ces droits démontrent, surtout en ce qui a trait aux Métis, une reconnaissance du fait que les Métis avaient un lien suffisant avec cette ascendance autochtone pour être considérés comme faisant partie de la vaste catégorie des « Indiens ».

[554] Il est intéressant de relever que, dans le contexte d’aujourd’hui, les Métis, sans être dans une tribu, sont perçus comme étant une « communauté » qui n’est pas sans rappeler ce dont il est question dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité (*Labrador Métis Nation*, précité, au paragraphe 50) :

[TRADUCTION] Le fait que les Métis du Labrador n’occupent pas un établissement fixe ne doit pas surprendre, compte tenu du fait que les premiers Inuits n’avaient pas un mode de vie sédentaire, mais plutôt nomade, en ce sens que leurs déplacements étaient dictés par la présence des animaux, des poissons et de la flore, selon les saisons. Les Européens, avec lesquels ils se sont par la suite mélangés, étaient eux aussi dispersés le long des côtes inhospitalières du Labrador, en petits nombres suffisants pour pratiquer la pêche. Cependant, afin de survivre aux rigueurs du climat du Labrador, ces derniers avaient peu après adopté les moyens utilisés par les Inuits pour assurer leur subsistance à partir de la terre. Cela avait entraîné chez eux une perception régionale de l’établissement, comme dans la région des « détroits » du sud du Labrador, la région de « Belle Isle », ou la région de la « Côte Sud ». Je dirais que cela ressemble à la notion métisse de communauté, qui, comme l’a reconnu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Powley*, précité, avait émergé dans la région des Grands Lacs et était de nature régionale.

[555] L’un des fils conducteurs dans l’arrêt était de mentionner que les Inuits faisaient partie du peuple désigné par le terme « aborigènes », et que le terme « Indien » avait une portée assez large pour inclure tous les

page 115). I do not take from those references that the Court had clearly in mind the peoples covered by the “aboriginal people” of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Given the time and context of the decision, it is more probable that the Court was referring more generally to people of Aboriginal or Native ancestry. The concepts are similar but not identical.

[556] In coming to their conclusion, while not addressing MNSI specifically, the Supreme Court frequently referred to half-breeds as half “Eskimos” or as being part of the Eskimo people.

[557] Chief Justice Duff, on behalf of Justices Davis, Hudson and Crocket, relied extensively on Hudson’s Bay Company documents, documents from Newfoundland governors, naval officers, ecclesiastics and traders. Of particular importance to this present case is the reliance on the reference in the report by Judge Pinsent to [at page 112] “300 Indians and half-breeds of the Esquimaux and Mountaineer races” and a report from the Bishop of Newfoundland that referred to:

- “Indians (Esquimaux or mountaineer), or half Indians” [at page 113]
- “Indians (Esquimaux) and half Indians, who live together” [at page 114]
- “the race of mixed blood, or Anglo-Esquimaux” where “the Indian characteristics very much disappear, and the children are both lively and comely” [at page 114].

[558] Aside from these racially stereotyped comments, the Supreme Court accepted that those of mixed

« aborigènes » (voir *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, à la page 115). Je ne conclus pas, à la lecture de ces mentions, que la Cour suprême du Canada avait clairement à l’esprit les peuples visés par le terme « peuples autochtones » au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu de l’époque et du contexte de l’arrêt, il était plus probable que la Cour suprême du Canada renvoyait plus généralement aux peuples d’ascendance aborigène ou autochtone. Ces concepts sont similaires, sans toutefois être identiques.

[556] Bien qu’ils n’eussent pas traité explicitement des MINI lorsqu’ils avaient tiré leur conclusion, les juges de la Cour suprême du Canada ont fréquemment fait référence aux métis (*half-breeds*), et ce, par l’emploi du terme [TRADUCTION] « Esquimaux métissés », ou de l’expression [TRADUCTION] « personnes faisant partie du peuple esquimaux ».

[557] Le juge en chef Duff, s’exprimant au nom des juges Davis, Hudson et Crocket, s’était appuyé abondamment sur les documents provenant de la CBH, de gouverneurs de Terre-Neuve, d’officiers de marine, de membres du clergé et de commerçants. Un fait particulièrement important pour les besoins de la présente affaire est le fait qu’il s’était fondé sur la mention [à la page 112] [TRADUCTION] « 300 Indiens et métis de races esquimaude et montagnaise », tirée du rapport du juge Pinsent, ainsi que sur un rapport des évêques de Terre-Neuve, qui contenait les passages suivants :

- [TRADUCTION] « Indiens (Esquimaux ou Montagnais), ou métis » [à la page 113]
- [TRADUCTION] « Indiens (Esquimaux) et métis, qui vivent ensemble » [à la page 114]
- [TRADUCTION] « la race des métissés, ou des Anglo-Esquimaux », chez laquelle [TRADUCTION] « les caractéristiques indiennes disparaissent en grande partie, et dont les enfants sont à la fois vifs et charmants » [à la page 114].

[558] Abstraction faite de ces passages contenant des stéréotypes raciaux, la Cour suprême du Canada

heritage were identified and treated differently from “Whites” and were seen as “Indian”.

[559] Chief Justice Duff also referred to the Hudson’s Bay Company census which listed the Esquimos as a tribe. It also listed half-breeds and whites separately from Indian tribes but also separately from each other. While the defendants argue that this is evidence that half-breeds are not Indians, it also shows that in a society largely divided between Whites and Natives, half-breeds were not Whites and therefore by default were Natives (Indians).

[560] Chief Justice Duff concluded that the term “Indian” included all the “aborigènes” of British North America. Moreover, recognizing the importance of the relationship between the Crown and Natives (an obligation which the federal government took over at the time of Confederation), the Chief Justice saw significance in the fact that Esquimos and other Indians were under the protection of the British Crown primarily through the HBC (*In Re Eskimo Reference*, above, at pages 115–116):

Then it is said they were never “connected” with the British Crown or “under the protection” of the Crown. I find some difficulty in affirming that the Eskimo and other Indians ruled by the Hudson’s Bay Company, under either charter or licence from the Crown, were never under the protection of the Crown, and in understanding how, especially in view of the Proclamations cited, that can be affirmed of the Esquimaux of northeastern Labrador. I cannot give my adherence to the principle of interpretation of the *British North America Act* which, in face of the ample evidence of the broad denotation of the term “Indian” as employed to designate the aborigènes of Labrador and the Hudson’s Bay territories as evidenced by the documents referred to, would impose upon that term in the *British North America Act* a narrower interpretation by reference to the recitals of and the events leading up to the Proclamation of 1763. For analogous reasons I am unable to accept the list of Indian tribes attached to the instructions to Sir Guy Carleton as controlling the scope of the term “Indians” in the *British North America Act*. Here it may be observed parenthetically that if this list of tribes does not include Eskimo, as apparently it does not, neither does it appear to

reconnaissait que les gens d’ascendance mixte étaient désignés et traités différemment des « Blancs » et qu’ils étaient perçus comme des « Indiens ».

[559] Le juge en chef Duff avait aussi fait mention du dénombrement effectué par la CBH, dans lequel les Esquimaux étaient répertoriés en tant que tribu. Les métis et les Blancs y étaient aussi répertoriés séparément des tribus indiennes, mais n’étaient toutefois pas dans la même catégorie. Bien que les défendeurs prétendent qu’il s’agit d’une preuve étayant que les métis ne sont pas des Indiens, cette preuve démontre aussi que, dans une société qui était largement divisée entre les Blancs et les Autochtones, les métis n’étaient pas des Blancs et étaient donc, par défaut, des Autochtones (Indiens).

[560] Le juge en chef Duff avait conclu que le terme « Indiens » incluait tous les « aborigènes » de l’Amérique du Nord britannique. De plus, le juge en chef, reconnaissant l’importance de la relation entre la Couronne et les Autochtones (une obligation dont le gouvernement fédéral avait hérité lors de la Confédération), avait jugé que le fait que les Esquimaux et les autres Indiens étaient sous la protection de la Couronne britannique, principalement par l’entremise de la CBH, revêtait une grande importance (*Renvoi sur les Esquimaux*, précité, aux pages 115 et 116) :

[TRADUCTION] On a ensuite fait valoir qu’ils n’avaient jamais été [TRADUCTION] « liés » à la Couronne britannique ou placés [TRADUCTION] « sous la protection » de la Couronne. J’éprouve une certaine difficulté à affirmer que les Eskimos et les autres Indiens régis par la Compagnie de la Baie d’Hudson, conformément à une charte ou à une licence de la Couronne, n’avaient jamais été sous la protection de la Couronne, et à comprendre comment on peut affirmer une telle chose à l’égard des Esquimaux du Nord-Est du Labrador, particulièrement au vu des proclamations citées. Je ne peux souscrire au principe d’interprétation de l’AANB qui, en dépit de la preuve abondante étayant que le terme « Indiens » avait une signification large, puisque, comme le démontrent les documents évoqués, il était employé pour désigner les aborigènes du Labrador et des territoires de la baie d’Hudson, aurait pour effet d’imposer, par renvoi aux attendus de la Proclamation de 1763 et aux événements ayant conduit à celle-ci, une interprétation plus étroite de ce terme au sens de l’AANB. Pour des motifs analogues, je ne peux accepter que la liste des tribus indiennes jointes aux instructions transmises à sir Guy Carleton ait pour effet de délimiter la portée du terme « Indiens » au

include the Montagnais Indians inhabiting the north shore of the St. Lawrence east of the Saguenay or the Blackfeet or the Cree or the Indians of the Pacific Coast.

[561] Similarly, Justice Cannon (Justice Crocket concurring) concluded that the term “Indian” equated with “*sauvages*” in French and that “*sauvages*” included all aborigines being within the territories in North America under British authority “whether Imperial, Colonial, or subject to the administrative powers of the Hudson Bay Company” (see page 117). Métis and non-status Indians would fall under that Crown authority at the time of Confederation.

[562] While the Supreme Court of Canada may not have applied the modern purposive approach to constitutional interpretation, it was aware of the significance of the Indian power and the intent to include a broad range of people of aboriginal heritage within that power (*In Re Eskimo Reference*, above, at page 118):

This, I think, disposes of the very able argument on behalf of the Dominion that the word “Indians” in the *British North America Act* must be taken in a restricted sense. The Upper and Lower Houses of Upper and Lower Canada petitioners to the Queen, understood that the English word “Indians” was equivalent to or equated the French word “*Sauvages*” and included all the present and future aborigines native subjects of the proposed Confederation of British North America, which at the time was intended to include Newfoundland.

[563] As noted in paragraph 554 [of these reasons] and accepted by Professor Wicken, there is an historical parallel between the Labrador Inuit half Indian/Eskimos and the Métis buffalo hunters of the Northwest. They were each of mixed ancestry, wanderers over a vast area for food, subject to Crown authority under the Hudson’s

sens de l’AANB. Dans ce cas, on pourrait aussi faire remarquer incidemment que, si cette liste de tribus ne comprend pas les Eskimos, car il semblerait que ce ne soit pas le cas, elle ne semble pas non plus comprendre les Indiens montagnais habitant la rive Nord du Saint-Laurent à l’est du Saguenay, ni les Pieds noirs, ni les Cris, ni les Indiens de la côte du Pacifique.

[561] Dans la même veine, le juge Cannon (le juge Crocket ayant rédigé des motifs concordants) avait conclu que le terme anglais « *Indian* » était assimilable au terme français « *sauvages* », et que ce dernier comprenait l’ensemble des aborigènes vivant sur les territoires d’Amérique du Nord qui relevaient de l’autorité britannique, [TRADUCTION] « qu’elle soit impériale, coloniale ou assujettie aux pouvoirs administratifs de la Compagnie de la Baie d’Hudson » (voir la page 117). Les Métis et les Indiens non inscrits seraient tombés sous le coup de l’autorité de la Couronne à l’époque de la Confédération.

[562] Bien que la Cour suprême du Canada n’ait pas appliqué l’approche téléologique moderne d’interprétation constitutionnelle, elle était sensibilisée à l’importance de la compétence relative aux Indiens et à l’objectif d’inclure dans cette compétence un large éventail de personnes d’ascendance autochtone (*Renvoi sur les Esquimaux*, précité, à la page 118) :

[TRADUCTION] À mon avis, cela répond à l’argument valable présenté pour le compte du Dominion, selon lequel le terme « Indiens » au sens de l’AANB doit être interprété restrictivement. Les membres des chambres hautes et des chambres basses du Haut-Canada et du Bas-Canada qui s’étaient adressés à la Reine comprenaient que le terme anglais « *Indians* » était équivalent ou assimilable au terme français « *Sauvages* », et qu’il comprenait tous les aborigènes, actuels et futurs, assujettis à la proposition de confédération de l’Amérique du Nord britannique, qui, à l’époque, était censée inclure Terre-Neuve.

[563] Comme il a été souligné au paragraphe 554 [des présents motifs], et comme l’a reconnu le professeur Wicken, il existe un parallèle historique entre les Inuits du Labrador à moitié Indiens/Esquimaux et les Métis qui chassaient le bison dans le Nord-Ouest. Ces deux groupes étaient d’ascendance mixte, se déplaçaient

Bay Company and contemplated to come under Canadian constitutional jurisdiction.

[564] In *In Re Eskimo Reference*, above, also teaches that self-identification is not constitutionally determinative. There was no requirement for Inuit to identify themselves with constitutional Indians. The federal government did not then or even now include Inuit as “Indians” under the Act.

[565] The historical resistance of many Métis to identify with “Indians” is understandable in the historical context where being Indian was not complimentary, and where certain freedoms were denied, but it is not determinative of the constitutional issue. There is no such stigma today (or should not be) nor is there any legal requirement that important freedoms are denied by virtue of falling within the constitutional subject-matter of Indian in subsection 91(24).

[566] Applying the purposive approach in light of the finding in *In Re Eskimo Reference*, above, I accept the plaintiffs’ argument supported by the opinions of Professor Wicken and Ms. Jones that the purpose of the Indian power included the intent to control all people of aboriginal heritage in the new territories of Canada. The purpose of the Indian power included assisting with the expansion and settlement of the West of which the building of the railway was a part. Absent a broad power over a broad range of people sharing a Native hereditary base, the federal government would have difficulty achieving this goal.

[567] There was a perceived need to eliminate wandering groups of Natives, to settle them and to assimilate them. This policy of assimilation changed later to policies of segregation and resulting discrimination. The history of the treatment of those classified as “Indians”

continuellement sur de vastes territoires pour se procurer leur nourriture, étaient assujettis à l’autorité de la Couronne par l’entremise de la CBH et envisageaient de tomber sous le coup de la compétence constitutionnelle canadienne.

[564] Le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, nous apprend également que l’auto-identification n’est pas déterminante sur le plan constitutionnel. Les Inuits n’avaient pas l’obligation de s’identifier à ceux qui sont des Indiens au sens de la Constitution. Le gouvernement fédéral n’avait pas à l’époque, et n’a toujours pas, inclus les Inuits dans la portée du terme « Indiens » au sens de la Loi.

[565] La réticence historique d’un bon nombre de Métis à s’identifier aux « Indiens » est compréhensible dans le contexte où le fait d’être Indien n’était pas flatteur et où ces derniers se voyaient privés de certaines libertés, mais cela n’est pas déterminant quant à la question constitutionnelle. Cette stigmatisation n’existe plus de nos jours (ou ne devrait plus exister), et aucune loi ne prévoit qu’une personne est privée d’importantes libertés du fait qu’elle est visée par l’objet constitutionnel du terme « Indiens » selon le paragraphe 91(24).

[566] En appliquant l’approche téléologique, et compte tenu de la conclusion du *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, j’accepte la prétention des demandeurs, soutenue par les opinions du professeur Wicken et de M^{me} Jones, portant que l’un des objectifs de la compétence sur les Indiens était l’intention d’avoir le contrôle sur tous les gens d’ascendance autochtone dans les nouveaux territoires du Canada. L’assistance au développement et à la colonisation de l’Ouest, qui incluait notamment la construction du chemin de fer, était aussi un objectif de cette compétence. Le gouvernement fédéral aurait eu de la difficulté à parvenir à cet objectif sans détenir une compétence large sur un grand éventail de gens ayant en commun leur ascendance autochtone.

[567] On jugeait qu’il était nécessaire d’éliminer les groupes nomades d’Autochtones, de faire en sorte qu’ils se sédentarisent ainsi que de les assimiler. Cette politique d’assimilation avait par la suite évolué vers une politique de ségrégation, ce qui avait entraîné de la

is painful and the reconciliation process is a continuing one today.

[568] As referred to earlier, subsection 91(24) is a race-based power. There is no principled reason to make that race-based constitutional jurisdiction more balkanized by emphasis on degrees of kinship nor degrees of cultural purity. As described by Harry Daniels Jr.—one can honour both the feather and the fiddle. Indeed as will be seen later, there are Métis who are also registered Indians. The recognition of Métis and Non-Status Indians as Indians under subsection 91(24) should accord a further level of respect and reconciliation by removing the constitutional uncertainty surrounding these groups.

[569] The defendants make a strong argument that the Supreme Court in *Blais*, above, had indicated that Métis are not Indians for purposes of subsection 91(24). While there is support for that argument in various comments of the Court, it cannot stand for the proposition so stated by the defendants.

[570] Mr. Blais was accused of hunting in a prohibited area in contravention of provincial wildlife legislation in the Province of Manitoba. For purposes of appeals, including to the Supreme Court, Blais abandoned his argument that he had an aboriginal right to hunt under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. He relied exclusively on paragraph 13 of the Manitoba *Natural Resources Transfer Agreement* [confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]] (Agreement) legislation to support his claim that as a Métis he was an Indian entitled to the protection of that Act.

discrimination. L'histoire du traitement des personnes faisant partie de la catégorie des « Indiens » est douloureuse, et le processus de réconciliation continue encore aujourd'hui.

[568] Comme il a été mentionné précédemment, le paragraphe 91(24) est une compétence fondée sur la race. Il n'existe aucun motif rationnel qui justifie de morceler davantage cette compétence en ayant recours à des degrés de parenté ou à des degrés de pureté culturelle. Comme l'a décrit Harry Daniels fils, il est possible d'honorer à la fois la plume et le violon. En effet, comme nous le verrons plus tard, certains Métis sont aussi des Indiens inscrits. La reconnaissance que les Métis et les Indiens non inscrits sont visés par le paragraphe 91(24) devrait entraîner un degré supplémentaire de respect et de réconciliation et faire disparaître toute incertitude constitutionnelle quant à ces groupes.

[569] Les défendeurs ont présenté un argument solide, selon lequel la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Blais*, précité, avait indiqué que les Métis n'étaient pas des Indiens pour les besoins du paragraphe 91(24). Bien que divers commentaires de la Cour suprême du Canada appuient cette prétention, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à la thèse telle qu'elle a été exposée par les défendeurs.

[570] M. Blais avait été accusé d'avoir pratiqué la chasse dans une zone où celle-ci était interdite, en violation d'une loi relative à la protection de la faune de la Province du Manitoba. M. Blais, pour les besoins de ses appels, y compris le pourvoi interjeté à la Cour suprême du Canada, avait abandonné son argument selon lequel il avait un droit ancestral de chasser en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'était fondé exclusivement sur le paragraphe 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 31 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26]] (la Convention) pour étayer sa prétention selon laquelle son statut de Métis faisait en sorte qu'il était un Indien ayant droit à la protection que lui conférerait cette convention.

[571] Paragraph 13 of the Manitoba *Natural Resources Transfer Agreement* reads:

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

[572] The Supreme Court supported the constitutional approach taken in *In Re Eskimo Reference*, above, to place constitutional provisions in “proper linguistic, philosophic and historical context”. The Court drew distinctions between Métis and Indians based on the Métis (and some government officials) view of themselves as different from Indians. The distinction was based in part on the basis that Métis were not wards of the Crown in need of protection and particularly the position of Métis in Manitoba where they acted as “Fathers of Confederation”.

[573] With regard to the applicability of that decision to the present case, the thrust of the defendants’ argument is somewhat blunted by the Court’s refusal to conclude or even suggest a conclusion that Métis were not “Indians” under subsection 91(24). The Court specifically refused to impose a continuity of language requirement on the Constitution—such a requirement would have led to a conclusion that Métis were not constitutionally “Indians” [*Blais*, above, at paragraph 36]:

The appellant asks us to impose a “continuity of language” requirement on the Constitution as a whole in order to support his argument that the term “Indians” in the *NRTA* includes the Métis. We do not find this approach persuasive. To the contrary, imposing a continuity requirement would lead us to conclude that “Indians” and “Métis” are different, since they

[571] Le paragraphe 13 de la Convention est ainsi libellé :

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

[572] La Cour suprême du Canada a soutenu la démarche d’interprétation constitutionnelle adoptée dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, qui consistait à situer les dispositions constitutionnelles dans leurs « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés ». Elle avait établi des distinctions entre les Métis et les Indiens, au motif que les Métis se percevaient eux-mêmes comme un groupe différent des Indiens, perception à laquelle certains fonctionnaires souscrivaient. Ces distinctions reposaient en partie sur le fait que les Métis n’étaient pas des pupilles de la Couronne qui avaient besoin de protection, et surtout sur la position sociale des Métis au Manitoba, où ils avaient joué le rôle de « Pères de la Confédération ».

[573] En ce qui concerne l’applicabilité de cet arrêt à la présente affaire, l’idée maîtresse de la prétention des défendeurs est quelque peu affaiblie par le refus de la Cour suprême du Canada de conclure, ou même de suggérer une conclusion, que les Métis n’étaient pas des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24). La Cour suprême avait explicitement refusé d’assortir la Constitution d’une obligation de continuité terminologique; une telle obligation l’aurait amené à conclure que les Métis n’étaient pas des Indiens au sens de la Constitution [*Blais*, précité, au paragraphe 36] :

Au soutien de son argument que le mot « Indiens » dans la *Convention* s’entend également des Métis, l’appelant nous demande d’assortir la Constitution, dans son ensemble, d’une obligation de [TRADUCTION] « continuité terminologique ». Nous ne considérons pas cet argument convaincant. Au contraire, imposer une telle obligation nous amènerait à

are separately enumerated in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. We emphasize that we leave open for another day the question of whether the term “Indians” in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal.

[574] It would be an odd result to find that *Blais*, above, effectively answered the question which is before this Court when the judgment specifically and directly refused to do so. The Supreme Court left that issue open for another day, presumably to decide the issue on a record directed toward that end. The present case is just such opportunity with a record designed to address the issue head on and not be ensnared in agreements limited to one province or caught up in section 15 Charter considerations.

[575] The record before this Court encompasses evidence regarding the Métis which is broader geographically and historically than other cases cited. Even the words of Macdonald in 1885 relied on in the *Blais* decision are not juxtaposed against his words in 1870 referred to in paragraph 407 of these reasons. The issue of Métis’ interest in Native land title referred to as early as 1870 and continued until at least July 1899 by Sir Wilfred Laurier and Clifford Sefton are some of the matters not addressed in *Blais*, above.

[576] The defendants in this argument seek to have a continuity of language principle applied in the opposite manner (see defendants’ memorandum of argument, paragraph 351). With respect, section 35 is of little assistance to the interpretation of subsection 91(24), each serving different purposes and reflecting different times. The consistency of having all Aborigines covered in both provisions is neither a goal to strive for nor a result to resist.

conclure que les « Indiens » et les « Métis » sont différents, étant donné que les deux sont énumérés séparément dans le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous tenons à souligner que sera tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot « Indiens » au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi.

[574] Il serait plutôt étrange de conclure que l’arrêt *Blais*, précité, avait effectivement répondu à la question dont la Cour est saisie dans la présente affaire, alors que la Cour suprême du Canada avait précisément et directement refusé de ce faire. La Cour suprême du Canada avait mentionné que cette question allait être tranchée à une autre occasion, probablement pour qu’elle puisse rendre une décision en fonction d’un dossier axé sur celle-ci. La présente affaire, dont le dossier est conçu de manière à aborder cette question de front et à ne pas être empêtré dans des accords qui s’appliquaient à une seule province ou dans des considérations relatives à l’article 15 de la Charte, représente justement une telle occasion.

[575] La preuve relative aux Métis que contient le dossier dont la Cour est saisie est d’une portée géographique et historique plus large que dans les autres affaires citées. Même les mots prononcés par M. Macdonald en 1885, qui ont été invoqués dans l’arrêt *Blais*, n’y étaient pas examinés à la lumière de ceux qu’il avait prononcés en 1870 et dont on a fait mention au paragraphe 407 des présents motifs. La question du droit des Métis au titre aborigène, à laquelle il était fait allusion dès 1870 et sur laquelle sir Wilfrid Laurier et M. Clifford Sefton s’interrogeaient encore au moins jusqu’en juillet 1899, est un des sujets qui n’a pas été abordé dans l’arrêt *Blais*, précité.

[576] Les défendeurs, par cette prétention, visent à ce que le principe de la continuité terminologique soit appliqué de manière opposée (voir l’exposé des arguments des défendeurs, au paragraphe 351). Avec égards, l’article 35 n’est guère utile pour interpréter le paragraphe 91(24) : ces deux dispositions servent chacune des objectifs différents et reflètent des époques différentes. Une solution uniforme, où tous les Autochtones seraient couverts par les deux dispositions, n’est ni un but qu’il faut atteindre, ni un résultat auquel il faut s’opposer.

[577] This Court has addressed the matter of how Métis were considered by government just before and not long after Confederation. As mentioned earlier, the Métis were not treated homogeneously; however, the evidence in this Court is that Métis were considered even as early as 1818 as being “Indian” in the widest sense (letter of William McGillivray to General J.C. Sherbrooke, March 14, 1818—Exhibit P432):

It is absurd to consider them legally in any other light than as Indians; the British law admits of no filiation of illegitimate children but that of the mother; and as these persons cannot in law claim any advantage by paternal right, it follows, that they ought not to be subjected to any disadvantages which might be supposed to arise from the fortuitous circumstances of their parentage.

Being therefore Indians, they, as is frequently the case among the tribes in this vast continent, as *young men* (the technical term for warrior) have a right to form a new tribe on any unoccupied, or (according to the Indian law) any conquered territory. That the half-breeds under the denominations of *bois brules* and *metifs* have formed a separate a distinct tribe of Indians for a considerable time back, has been proved to you by various depositions.

[578] The decision in *Blais*, above, was limited in the *Reference re Same-Sex Marriage* decision, above, to being one based on a constitutional agreement and not one involving a head of powers which involves different considerations, and interpretation principles—most particularly a purposive, progressive approach.

[579] Following the conclusion of argument, counsel brought to the Court’s attention two decisions which were suggested were helpful in one way or another.

[580] In *Keewatin v. Minister of Natural Resources*, 2011 ONSC 4801 (CanLII), [2012] 1 C.N.L.R. 13 (*Keewatin*), Justice Sanderson of the Ontario Superior Court of Justice dealt with the interpretation of a “Harvesting Clause” in Treaty No. 3 between Canada and the ancestors of the plaintiffs in that case.

[577] La Cour a examiné la question de la manière dont le gouvernement percevait les Métis juste avant la Confédération et peu après celle-ci. Comme il a été mentionné précédemment, les Métis n’étaient pas traités de manière homogène; cependant, selon la preuve dont la Cour est saisie, les Métis étaient considérés comme des « Indiens » au sens le plus large du terme, et ce, dès 1818 (lettre de William McGillivray au général J.C. Sherbrooke, le 14 mars 1818 — pièce P432) :

[TRADUCTION] Sous l’angle juridique, il est absurde de les considérer autrement que comme des Indiens; le droit britannique ne reconnaît aucune filiation, outre celle de la mère, à l’égard des enfants illégitimes. Vu que ces gens ne peuvent légalement se réclamer d’un avantage par un droit issu du père, il s’ensuit qu’ils ne devraient pas être assujettis aux désavantages, qui, peut-on supposer, découleraient des circonstances fortuites de leurs origines.

Puisqu’ils sont donc Indiens, ils ont le droit, à titre de *jeunes hommes* (le terme technique désignant les guerriers), de former une nouvelle tribu sur tout territoire inoccupé ou tout territoire conquis (selon le droit indien), comme c’est fréquemment le cas parmi les tribus de ce vaste continent. Le fait que des métis avaient fondé, sous les noms de *bois brulés* et de *metifs*, une tribu indienne distincte il y a de cela très longtemps vous a été démontré par diverses dépositions.

[578] Le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, a limité la portée de l’arrêt *Blais*, précité, comme étant un arrêt fondé sur un accord constitutionnel, et non un arrêt intéressant un chef de compétence, un objet qui entraîne l’application de facteurs et de principes d’interprétation différents, plus particulièrement une approche téléologique et évolutive.

[579] Après la fin des plaidoiries, les avocats ont porté à l’attention de la Cour deux décisions qui, selon lui, étaient utiles d’une manière ou d’une autre.

[580] Dans la décision *Keewatin v. Minister of Natural Resources*, 2011 ONSC 4801 (CanLII), [2012] 1 C.N.L.R. 13 (*Keewatin*), la juge Sanderson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario s’est penchée sur l’interprétation d’une clause de récolte dans le Traité n° 3, conclu entre le Canada et les ancêtres des demandeurs dans cette affaire.

[581] The plaintiffs here take comfort in the support that that Court gave for the purpose of subsection 91(24) which had a focus on the opening of the West; the need to have Indians under federal jurisdiction to protect this minority; to take over the Imperial responsibility. The Ontario Superior Court's conclusion is consistent with this Court's finding on the purposes of subsection 91(24) which also included a goal of assimilation and "civilization".

[582] Justice Sanderson did not, however, address to any extent the situation regarding half-breeds/Métis. Therefore, this decision does not provide material assistance on the difficult issue regarding Métis.

[583] The plaintiffs contend that the *Keewatin* decision, above, supports their argument that the principles of "identity of jurisdiction and interjurisdictional immunity" support the need to assign jurisdiction over MNSI to the federal government to protect Aboriginal and treaty rights protected under section 35. However, section 35 rights are different from subsection 91(24) and do not help the analysis of the scope of subsection 91(24).

[584] The defendants dismiss the *Keewatin* decision, above, of being of little assistance. The defendants take a narrow view of treaties as merely being for the protection of Indians. There has been little evidence in this current litigation on the role of treaties other than references to instances where Métis were put into treaty, taken out of treaty or exchanged treaty protection for land scrip.

[585] The defendants' contention that treaties are entered into pursuant to royal prerogative and therefore do not relate to subsection 91(24) is misplaced. Constitutionally there is royal prerogative applicable to the Crown in right of Canada and the Crown in right of a province. It is subsection 91(24) which gives authority to the federal Crown rather than the provincial Crown to

[581] En l'espèce, les demandeurs sont rassurés du fait que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a soutenu leur thèse selon laquelle l'objectif du paragraphe 91(24) était de mettre l'accent sur l'ouverture de la colonisation de l'Ouest, sur la nécessité d'amener les Indiens sous la compétence du gouvernement fédéral dans le but de protéger cette minorité et sur le fait de prendre la relève de la responsabilité impériale. La conclusion de la Cour supérieure de justice de l'Ontario quant aux objectifs du paragraphe 91(24) est compatible avec celle tirée par la Cour, qui attribuait aussi à ce paragraphe un objectif d'assimilation et de « civilisation ».

[582] Cependant, la juge Sanderson n'a aucunement abordé la situation sous l'angle des Métis. Par conséquent, cette décision ne fournit aucune aide substantielle quant à l'épineuse question relative aux Métis.

[583] Les demandeurs prétendent que la décision *Keewatin*, précitée, appuie leur argument selon lequel les principes [TRADUCTION] d'« identité et d'exclusivité des compétences » soutiennent la nécessité d'attribuer la compétence à l'égard des MINI au gouvernement fédéral pour protéger les droits ancestraux et les droits issus de traités au titre de l'article 35. Cependant, les droits prévus à l'article 35 ne sont d'aucune assistance dans l'analyse de la portée du paragraphe 91(24), car ils n'ont pas le même objet.

[584] Les défendeurs écartent la décision *Keewatin*, précitée, au motif qu'elle n'est guère utile. Les défendeurs adoptent une conception étroite des traités, selon laquelle ceux-ci ne servent qu'à la protection des Indiens. À l'exception de renvois à des cas où des Métis avaient été inclus dans un traité ou exclus de celui-ci, ou avaient échangé la protection d'un traité contre un certificat, peu d'éléments de preuve ont été présentés dans la présente affaire quant au rôle des traités.

[585] La prétention des défendeurs, selon laquelle les traités sont conclus dans le cadre de l'exercice de la prérogative royale, et qu'ils ne sont donc pas visés par le paragraphe 91(24), est injustifiée. Il existe, selon la Constitution, la prérogative royale de la Couronne du chef du Canada ainsi que celle de la Couronne du chef d'une province. C'est le paragraphe 91(24) qui confère

exercise that treaty power. It was a source of the power in the federal Crown to offer scrip in lieu of treaty to these Métis in Manitoba. Any prerogative power in respect of treaties is subsumed in the legislated provision subsection 91(24).

[586] Lastly, the plaintiffs find support in Justice Sanderson's reluctance to accept von Gernet's evidence. The weighing of an expert's evidence and its acceptance is uniquely within the purview of a trial judge. This Court has made its own conclusion but the fact that Justice Sanderson did not accept his evidence is of little assistance.

[587] The other post-argument decision brought to the Court's attention is the Supreme Court's decision in *Cunningham*, above. The Supreme Court dealt with a Charter challenge to provisions of Alberta's *Metis Settlements Act*.

[588] The Alberta legislation created a land base for Alberta Métis. The provisions of the *Metis Settlements Act* giving rise to the litigation were those that provide that registration as an Indian under the *Indian Act* precluded membership in a Métis settlement established under the *Metis Settlements Act*. The claimants, who were Status Indians, sued for a declaration that the disenfranchisement provisions were contrary to sections 7 and 15 of the Charter.

[589] The disenfranchisement for membership generally covered a person who is a Status Indian and registered Inuk. However, this status was not a complete bar and there are circumstances under which a Status Indian or registered Inuk could become a Métis settlement member.

[590] The Supreme Court of Canada upheld the disenfranchisement provisions. It found that the *Metis Settlements Act*, as an ameliorative program, was protected by subsection 15(2) of the Charter.

à la Couronne fédérale, plutôt qu'à la Couronne provinciale, l'autorité en matière de conclusion de traités. L'une des sources du pouvoir conféré à la Couronne fédérale était la possibilité d'offrir des certificats plutôt que des traités aux Métis du Manitoba. Toute prérogative en matière de traités est incluse au paragraphe 91(24).

[586] En dernier lieu, les demandeurs s'appuient sur la réticence de la juge Sanderson à accepter le témoignage de M. von Gernet. La pondération d'un témoignage d'expert, et son acceptation, relève uniquement du juge du procès. La Cour a tiré sa propre conclusion, mais le fait que la juge Sanderson n'ait pas accepté le témoignage de M. von Gernet n'est guère utile.

[587] L'autre décision portée à l'attention de la Cour après les plaidoiries est l'arrêt *Cunningham*, précité, rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada était saisie d'une contestation de dispositions du *Metis Settlements Act* de l'Alberta qui était fondée sur la Charte.

[588] La loi de l'Alberta établissait une assise territoriale pour les Métis de l'Alberta. Les dispositions du *Metis Settlements Act* ayant donné naissance au litige étaient celles prévoyant que l'inscription à titre d'Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens* empêchait d'avoir le statut de membre dans un établissement métis fondé en vertu du *Metis Settlements Act*. Les demandeurs, qui étaient des Indiens inscrits, avaient intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclarant que les dispositions prévoyant la perte du statut de membre contrevenaient à l'article 7 et à l'article 15 de la Charte.

[589] La perte du statut de membre touchait, règle générale, les Indiens inscrits et les personnes inscrites à titre d'Inuk. Cependant, il ne s'agissait pas d'une interdiction complète, et, dans certaines circonstances, un Indien inscrit ou un Inuk inscrit pouvait être admis comme membre d'un établissement métis.

[590] La Cour suprême du Canada a maintenu la validité des dispositions prévoyant la perte du statut de membre. Elle avait conclu que le *Metis Settlements Act*, à titre de programme améliorateur, était protégé par le paragraphe 15(2) de la Charte.

[591] It is important to note that the Court did not deal with the constitutionality of the legislation or otherwise deal with subsection 91(24). It cannot be said that in *Cunningham*, above, the Supreme Court of Canada decided the very issue which *Blais*, above, left open; particularly when the Court made no reference to *Blais*, above. Therefore, *Cunningham*, above, is neither dispositive nor strong authority against the requested declaration.

[592] It is noteworthy that the Court referenced that section 35 requires, of necessity, that the identification with one of the three Aboriginal groups leads to the exclusion from the other two, at least with respect to identity, culture and self-governance.

[593] Subsection 91(24) does not require such selection and exclusion. As *In Re Eskimo Reference*, above, made clear and as considered in the post-1982/section 35 context, assertion of identity with one section 35 group does not preclude inclusion in subsection 91(24). The Inuit assertion of a distinct identity from Indians does not take them outside being “Indian” for purposes of subsection 91(24).

[594] The evidence in this case, and as acknowledged in *Cunningham*, above, at paragraph 86, shows that mixed identity is a recurrent theme in Canada’s Aboriginal community. With regard to subsection 91(24), unlike section 35, the latin legal maxim *expressio unius est exclusio alterius* is not totally applicable.

[595] In *Cunningham*, above, the Supreme Court of Canada did not have before it the evidences, as presented to this Court, of the treatment of Métis as Indians detailed in these reasons.

[591] Il est important de souligner que la Cour suprême du Canada n’avait pas statué sur l’aspect constitutionnel de la législation et n’avait pas autrement abordé le paragraphe 91(24). On ne peut affirmer que, dans l’arrêt *Cunningham*, précité, la Cour suprême du Canada avait tranché la question qui était laissée en suspens dans l’arrêt *Blais*, précité, surtout au vu du fait qu’elle n’avait pas renvoyé à cet arrêt. Par conséquent, l’arrêt *Cunningham*, précité, n’est pas déterminant à l’égard de la demande de jugement déclaratoire et n’est pas un précédent allant à l’encontre d’un tel jugement.

[592] Il convient de souligner que la Cour suprême du Canada a mentionné que l’article 35 a pour conséquence que l’identification à l’un des trois groupes autochtones entraîne l’exclusion des deux autres groupes, du moins en ce qui a trait à l’identité, à la culture et à l’autonomie gouvernementale.

[593] Le paragraphe 91(24) n’exige pas un tel choix et n’amène pas une telle exclusion. Comme l’avait clairement établi le *Renvoi sur les Esquimaux*, précité, et comme il est acquis depuis 1982 et l’adoption de l’article 35, l’affirmation de l’appartenance à l’un des groupes prévus à l’article 35 ne fait pas obstacle à l’inclusion dans la portée du paragraphe 91(24). Le fait que les Inuits affirment avoir une identité différente de celle des Indiens n’a pas pour effet de les exclure de la portée du terme « Indiens » pour les besoins du paragraphe 91(24).

[594] La preuve dans la présente affaire démontre, comme il était reconnu dans l’arrêt *Cunningham*, précité, au paragraphe 86, que la notion d’identité mixte est un thème récurrent au sein de la communauté autochtone du Canada. Contrairement à l’article 35, la maxime juridique latine *expressio unius est exclusio alterius* n’est pas entièrement applicable en ce qui concerne le paragraphe 91(24).

[595] Dans l’arrêt *Cunningham*, précité, la Cour suprême du Canada, contrairement à la Cour dans la présente affaire, n’était pas saisie des éléments de preuve, exposés en détail dans les présents motifs, qui démontreraient que les Métis étaient traités comme des Indiens.

[596] The conclusion in *Cunningham*, above, does not undermine the plaintiffs' right to relief nor does such a right undermine the constitutionality of the *Metis Settlements Act*. Provincially run ameliorative programs which benefit Aboriginal people are permitted as held in *Lovelace*, above. In *Lovelace* the Supreme Court of Canada confirmed that a provincial program that provided benefits to Status Indians did not affect the core of subsection 91(24) federal jurisdiction.

[597] The constitutional status of the *Metis Settlements Act* was not before the Supreme Court and it would not be appropriate to decide this case on the basis of what might arise in respect of some other legislation. However, the Supreme Court recognized that the Alberta legislation was an ameliorative program. This Court concludes that based on the rationale in *Lovelace*, above, the *Cunningham* decision, above, is consistent with that rationale and not a bar to a declaration that Métis are "Indians" under subsection 91(24).

[598] The *Cunningham* decision, above, gives support for the plaintiffs' interpretation of subsection 91(24) and the distinction between subsection 91(24) and section 35.

[599] The plaintiffs also rely on numerous commentaries, articles and papers which support the proposition that MNSI are included in subsection 91(24). As reassuring as this may be, there are some who write in support of the opposite proposition. This case has to be decided on the evidence before the Court. As can be seen from other decisions cited in these reasons, evidence plays a critical role in resolving the issue.

[600] The case for inclusion of Non-Status Indians in subsection 91(24) is more direct and clear than in respect of Métis. The situation of the Métis is more complex and more diverse and must be viewed from a

[596] La conclusion tirée dans l'arrêt *Cunningham*, précité, ne porte pas atteinte au droit des demandeurs à un redressement, pas plus que ce droit ne compromet la constitutionnalité du *Metis Settlements Act*. Comme il était conclu dans l'arrêt *Lovelace*, précité, les provinces peuvent gérer des programmes améliorateurs à l'intention des Autochtones. Dans l'arrêt *Lovelace*, la Cour suprême du Canada avait confirmé qu'un programme provincial qui offrait des avantages aux Indiens inscrits ne touche pas au fondement essentiel de la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(24).

[597] La Cour suprême du Canada n'était pas saisie de la question de la constitutionnalité du *Metis Settlements Act*, et il ne serait pas approprié de trancher la présente affaire en se fondant sur ce qui pourrait surgir à l'égard d'une autre loi. La Cour suprême du Canada a toutefois reconnu que la loi de l'Alberta constituait un programme améliorateur. La Cour conclut que l'arrêt *Cunningham*, précité, est compatible avec le raisonnement exposé dans l'arrêt *Lovelace*, précité, et qu'il ne constitue pas un obstacle à un jugement déclaratoire portant que les Métis sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

[598] L'arrêt *Cunningham*, précité, appuie l'interprétation que les demandeurs donnent au paragraphe 91(24) et la distinction qu'ils font entre le paragraphe 91(24) et l'article 35.

[599] Les demandeurs se fondent aussi sur de nombreux commentaires, articles et documents qui soutiennent la thèse selon laquelle les MINI sont inclus dans la portée du paragraphe 91(24). Aussi rassurant ces écrits puissent-ils être, certains auteurs appuient la thèse opposée. La présente affaire doit être tranchée selon la preuve dont la Cour est saisie. Comme on peut le constater dans les autres décisions citées dans les présents motifs, la preuve joue un rôle crucial dans la résolution de la question en litige.

[600] Les arguments en faveur de l'inclusion des Indiens non inscrits dans la portée du paragraphe 91(24) sont plus directs et évidents que ceux à l'égard de l'inclusion des Métis. La situation des Métis est plus

broad perspective. On balance, the Court also concludes that Métis are included in subsection 91(24).

[601] Therefore, the plaintiffs will be entitled to a declaration in their favour and to that effect.

B. Fiduciary Duty

[602] The plaintiffs request a declaration that the federal Crown owes a fiduciary duty to MNSI as Aboriginal people. There is no claim that any legal duty has in fact been breached.

[603] The only articulation of what the fiduciary duty claim could be was that there is a duty on the federal Crown to recognize that MNSI are Indians under subsection 91(24).

[604] There is no dispute that the Crown has a fiduciary relationship with Aboriginal people both historically and pursuant to section 35 (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075).

[605] In *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at paragraph 79, Justice Binnie spoke of the nature of the fiduciary duty owed by the Crown:

The “historic powers and responsibility assumed by the Crown” in relation to Indian rights, although spoken of in *Sparrow*, at p. 1108, as a “general guiding principle for s. 35(1)”, is of broader importance. All members of the Court accepted in *Ross River* that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to the s. 35 rights (*Sparrow*) or existing reserves (*Guerin*). The fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples. As Professor Slattery commented:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a “weaker” or “primitive”

complexe et plus variée, et doit être examinée dans une perspective d’ensemble. Tout bien considéré, la Cour conclut aussi que les Métis sont inclus dans la portée du paragraphe 91(24).

[601] Par conséquent, les demandeurs auront droit à un jugement déclaratoire en leur faveur et en ce sens.

B. L’obligation de fiduciaire

[602] Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les MINI, puisque ceux-ci sont un peuple autochtone. On ne prétend pas qu’il y a effectivement eu violation d’une obligation juridique.

[603] La seule façon d’expliquer l’allégation relative à l’obligation de fiduciaire serait que la Couronne fédérale a l’obligation de reconnaître que les Métis sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24).

[604] Il n’est pas contesté qu’il existe une relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones, autant d’un point de vue historique qu’en application de l’article 35 (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075).

[605] Dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, au paragraphe 79, le juge Binnie a parlé de la nature de l’obligation de fiduciaire de la Couronne :

Bien que qualifiée de « principe directeur général d’interprétation du par. 35(1) » dans l’arrêt *Sparrow*, à la p. 1108, la notion de « pouvoirs et [...] responsabilité historiques de Sa Majesté » à l’égard des droits des Indiens revêt une importance plus grande encore. Dans l’arrêt *Ross River*, précité, tous les juges de notre Cour ont reconnu que la réparation fondée sur l’existence d’une obligation fiduciaire n’était pas limitée aux droits garantis par l’art. 35 (*Sparrow*) ou aux réserves existantes (*Guerin*). Lorsqu’elle existe, l’obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l’exercice par la Couronne de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu’elle a graduellement assumés à l’égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones. Comme l’a fait observer le professeur Slattery :

[TRADUCTION] L’obligation générale de fiduciaire ne tire donc pas ses origines d’un souci paternaliste de protéger un

people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

[606] However, in subsequent paragraphs 83–86, Justice Binnie set limits on the fiduciary relationship and the duty flowing therefrom. That duty is not an open-ended undefined obligation but must be focused on a specific interest:

I offer no comment about the correctness of the disposition of these particular cases on the facts, none of which are before us for decision, but I think it desirable for the Court to affirm the principle, already mentioned, that not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature (*Lac Minerals, supra*, at p. 597), and that this principle applies to the relationship between the Crown and aboriginal peoples. It is necessary, then, to focus on the particular obligation or interest that is the subject matter of the particular dispute and whether or not the Crown had assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation.

I note, for example, what was said by Rothstein J.A. in *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*, at para. 6:

The second argument is that the Government of Canada has a fiduciary duty to the appellants not to disclose the information in question because some of it relates to Indian land. We are not dealing here with the surrender of reserve land, as was the case in *Guérin v. Canada*. Nor are we dealing with Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This case is about whether certain information submitted to the government by the appellants should be disclosed under the *Access to Information Act*. [Emphasis added [by Binnie J.].]

See also *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (Sask. C.A.); *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (F.C.T.D.); *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145

peuple « primitif » ou « plus faible », comme on le suggère parfois, mais plutôt de la nécessité de convaincre des peuples autochtones, à une époque où ils avaient encore un potentiel militaire considérable, que l’État protégerait mieux leurs droits qu’ils ne sauraient le faire eux-mêmes.

(B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753)

[606] Cependant, par la suite, aux paragraphes 83 à 86, le juge Binnie a fixé les limites de la relation fiduciaire et de l’obligation qui en découle. Il ne s’agit pas d’une obligation illimitée et indéfinie; elle doit viser un droit précis :

Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé, eu égard aux faits qui leur sont propres, des décisions rendues dans les affaires susmentionnées, dont aucune ne fait actuellement l’objet d’un pourvoi devant nous, mais il convient selon moi que la Cour confirme le principe, mentionné plus tôt, selon lequel les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n’ont pas toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals, précité*, p. 597), et que ce principe s’applique aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Par conséquent, il est nécessaire de s’attacher à l’obligation ou droit particulier qui est l’objet du différend et de se demander si la Couronne exerçait ou non à cet égard un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation de fiduciaire.

À titre d’exemple, je tiens à citer les propos suivants du juge Rothstein de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, *précité*, par. 6 :

Le deuxième argument est que le gouvernement du Canada a une obligation fiduciaire envers les appelants de ne pas communiquer les renseignements en question parce que certains d’entre eux ont trait à des terres indiennes. Nous ne sommes pas en présence de cession de terres d’une réserve tel que c’était le cas dans l’affaire *Guérin c. La Reine*. Nous ne sommes pas non plus en présence de droits des peuples autochtones visés à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l’espèce, il s’agit de déterminer si certains renseignements que les appelants ont fournis au gouvernement devraient être communiqués en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*. [Souligné par le juge Binnie.]

Voir aussi *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (C.A. Sask.); *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.); *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*,

F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (B.C.S.C).

I do not suggest that the existence of a public law duty necessarily excludes the creation of a fiduciary relationship. The latter, however, depends on identification of a cognizable Indian interest, and the Crown's undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility "in the nature of a private law duty", as discussed below.

N. *Application of Fiduciary Principles to Indian Lands*

For the reasons which follow, it is my view that the appellant bands' submissions in these appeals with respect to the existence and breach of a fiduciary duty cannot succeed:

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

[607] In view of the above comments, the fiduciary relationship exists as a matter of law flowing from the declaration that MNSI are Indians pursuant to subsection 91(24). The relationship engages the honour of the Crown and applies to Métis as well as to Non-Status Indians (*Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, above, at paragraphs 439, 442 and 443):

At the same time, there is no doubt that the Métis also fit into the concept of the Crown-Aboriginal fiduciary relationship described by Professor Slattery. The facts of this case make that clear. The Métis of the Red River Settlement were a powerful political and military force in the 1870s. Led by Louis Riel, they were the driving force behind the provisional government.

...

When the court in *Powley* applied the justification test, it found that the infringement of the established Aboriginal right was not justified. By applying the *Sparrow* justification test unmodified to the Métis Aboriginal rights-holders in *Powley*, the Supreme Court of Canada recognized that the Métis are one of the beneficiaries within the Crown-Aboriginal fiduciary relationship.

[1998] A.C.F. n° 370 (QL) (1^{re} inst.); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.).

Je ne prétends pas que l'existence d'une obligation de droit public exclut nécessairement la création de rapports fiduciaires. Toutefois, pour que naissent de tels rapports, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et que la Couronne exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité « de la nature d'une obligation de droit privé », comme nous le verrons plus loin.

N. *Application aux terres indiennes des principes relatifs à l'obligation de fiduciaire*

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les arguments avancés par les bandes appelantes dans les présents pourvois relativement à l'existence d'une obligation de fiduciaire et au manquement à cette obligation ne sauraient être retenus.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

[607] À la lumière des passages ci-dessus, la relation fiduciaire est une conséquence juridique du jugement déclaratoire portant que les MNSI sont des Indiens au sens du paragraphe 91(24). La relation met en jeu l'honneur de la Couronne et existe autant à l'égard des Métis qu'à celui des Indiens non inscrits (*Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, précité, aux paragraphes 439, 442 et 443) :

[TRADUCTION] Parallèlement, il ne fait pas de doute que le concept de relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones, décrit par le professeur Slattery, s'applique aussi aux Métis. C'est ce qui se dégage clairement des faits de la présente affaire. Les Métis de la colonie de la Rivière-rouge étaient une puissance politique et militaire dans les années 1870. Menés par Louis Riel, ils étaient l'élément moteur du gouvernement provisoire.

[...]

Lorsque la Cour suprême du Canada a appliqué le critère de justification dans l'arrêt *Powley*, elle a conclu que la violation du droit ancestral établi n'était pas justifiée. En appliquant de manière intégrale le critère de justification de l'arrêt *Sparrow* aux Métis titulaires de droits ancestraux dans *Powley*, la Cour suprême du Canada reconnaissait que les Métis faisaient partie des bénéficiaires de la relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones.

I conclude that both precedent and principle demonstrate that the Métis are part of the *sui generis* fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginal peoples of Canada. That relationship being established, it is next necessary to consider whether Canada owed any fiduciary obligations to the Métis in the administration of the *Act*.

[608] However, the declaration which the plaintiffs seek is made without specific facts about what duty has been breached for which such a declaration would have any utility. The Court is not asked to determine that there is a duty to do or not do anything.

[609] The Court is not prepared to make some general statement concerning fiduciary duty. Given the declaration of right in respect of subsection 91(24), one would expect that the federal government would act in accordance with whatever duty arises in respect of any specific matter touching on the non-clarified fiduciary relationship.

C. Duty to Negotiate

[610] The third declaration sought seeks to require Canada to “negotiate and consult with MNSI, on a collective basis through representation of their choice, with respect to their rights, interests and needs as Aboriginal peoples”. It is curious that this declaration, like that sought in respect of a fiduciary duty, refers to MNSI as Aboriginal peoples—section 35 wording—and not as “Indians” within the meaning of subsection 91(24).

[611] The law on the duty to consult and to negotiate is well developed in Canada. The purpose of the duty is to further reconciliation. It engages the honour of the Crown. It is also directed to consultation and negotiation in respect of one or more specific matters (see *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511).

Je conclus que la jurisprudence et les principes établis démontrent que les Métis sont inclus dans la relation fiduciaire *sui generis* entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. Cette relation étant établie, il faut ensuite se pencher sur la question de savoir si le Canada a des obligations fiduciaires envers les Métis dans le contexte de l’application de la Loi.

[608] Cependant, les demandeurs n’allèguent pas, dans leur demande de jugement déclaratoire, de faits précis pour déterminer quelle obligation aurait été l’objet d’un manquement et à l’égard de laquelle un jugement déclaratoire aurait quelque utilité. On ne demande pas à la Cour d’établir l’existence d’une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose.

[609] La Cour n’est pas disposée à formuler un énoncé général concernant l’obligation de fiduciaire. Compte tenu du jugement déclaratoire portant sur la compétence au titre du paragraphe 91(24), on pourrait s’attendre à ce que le gouvernement fédéral se conforme à toute obligation pouvant découler de toute question spécifique ayant trait à la relation fiduciaire non clarifiée.

C. L’obligation de négocier

[610] Le troisième aspect de la demande de jugement déclaratoire vise à obliger le Canada à [TRADUCTION] « négocier avec les MINI et à les consulter sur une base collective, et avec la représentation de leur choix, en ce qui concerne leurs droits, leurs intérêts et leurs besoins en tant que peuple autochtone ». Il est curieux que cet aspect de la demande de jugement déclaratoire, tout comme celui qui concernait l’obligation de fiduciaire, mentionne que les MINI sont des peuples autochtones (le terme employé à l’article 35), et non des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24).

[611] Le droit relatif à l’obligation de consulter et de négocier est bien développé au Canada. L’objet de cette obligation est de favoriser la réconciliation. Elle met en jeu l’honneur de la Couronne et vise aussi la consultation et la négociation à l’égard d’une ou de plusieurs questions précises (voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511).

[612] The principle of a duty to consult and negotiate exists in other areas of Canadian law including labour relations and even political secession. The breadth of the principle is so wide that without reference to a specific matter to be consulted on or negotiated, a general declaration would be abstract and not particularly useful.

[613] It would appear that what the plaintiffs seek is some form of declaration that the Crown has a duty to consult on the identity and definition of the rights of MNSI and that this process should be done with CAP as the appropriate representative.

[614] Absent better particulars of what is at issue to consult on or negotiate, the Court can offer no guidance. The duty to consult and negotiate depends on the subject-matter, the strength of the claim and other factors not before the Court.

[615] The process of consultation to date suggests that there has not been a failure while it is arguable that it has not been adequate. To the extent that the issue of the constitutional status of MNSI was something of a barrier to consultation, the declaration granted should remove such impediments.

[616] The dispute as to who are the representatives of choice on behalf of Métis in particular is also another barrier. It is not a matter on which this Court can comment; certainly not on the basis of this record.

[617] In all of the circumstances, the Court will not grant the declaration for negotiation and consultation. Hopefully, the resolution of the constitutional issue will facilitate resolution on other matters. The refusal to grant the two declarations are without prejudice to any rights to seek similar relief on a further or better record.

[612] Le principe de l'obligation de consulter et de négocier existe dans d'autres domaines du droit canadien, comme les relations de travail, et même en matière de sécession politique. Ce principe a une portée si vaste que, sans mention d'une question précise devant faire l'objet de la consultation ou de la négociation, un jugement déclaratoire général serait abstrait et sans utilité particulière.

[613] Il semblerait que, ce que les demandeurs sollicitent, c'est une certaine forme de jugement déclarant que la Couronne a une obligation de consulter les MINI au sujet des questions touchant leur identité et la définition de leurs droits, et que le CPA devrait être leur représentant approprié dans le cadre de ce processus.

[614] En l'absence de détails plus précis sur ce qui doit faire l'objet de consultations ou de négociations, la Cour ne peut donner aucune directive. L'obligation de consulter et de négocier varie selon l'objet en question, la solidité de la revendication, ainsi qu'en fonction d'autres facteurs dont la Cour n'est pas saisie.

[615] À ce jour, bien que l'on puisse prétendre que le processus de négociation n'ait pas été adéquat, celui-ci ne s'est pas révélé être un échec non plus. Dans la mesure où la question du statut constitutionnel des MINI constituait en quelque sorte un obstacle à leur consultation, le présent jugement déclaratoire devrait enlever cet obstacle.

[616] La controverse entourant l'identité des représentants désignés pour s'exprimer spécifiquement au nom des Métis constitue un autre obstacle. Il ne s'agit pas d'une question à l'égard de laquelle la Cour peut se prononcer, du moins, certainement pas sur le fondement du présent dossier.

[617] Compte tenu de toutes les circonstances, la Cour n'accueillera pas la demande de jugement déclaratoire quant à la négociation et à la consultation. Avec un peu de chance, le règlement de la question constitutionnelle facilitera la résolution des autres questions. Le refus de prononcer les deux jugements déclaratoires sollicités ne porte pas atteinte à tout droit de solliciter un

redressement similaire au moyen d'un dossier plus approfondi ou plus approprié.

XI. COSTS

[618] In awarding costs to the plaintiffs, the Court recognizes that some of the costs have already been paid by the federal government. However, those costs, particularly counsel's fees (particularly those of the law firm engaged by the plaintiffs), were at a suppressed level in relation to the real legal costs and the public importance of this litigation. The Court is prepared to make a further cost award in favour of the plaintiffs. The parties may make written submissions with respect to the scale of costs and the beneficiaries of such awards within 30 days of the public release of these reasons.

XII. CONCLUSION

[619] For all these reasons, the plaintiffs' request for a declaration that Métis and Non-Status Indians are "Indians" within the meaning of the *Constitution Act, 1867*, subsection 91(24) will be granted.

The remaining declarations sought will be dismissed.

The plaintiffs shall have their costs as described in these reasons.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

(a) the Court declares those persons who are Métis and those who are Non-Status Indians as set forth in the reasons for judgment are "Indians" within the meaning of the expression "Indians, and Lands reserved

XI. LES DÉPENS

[618] La Cour reconnaît, en accordant les dépens aux demandeurs, qu'une partie des coûts a déjà été payée par le gouvernement fédéral. Cependant, ces coûts, surtout les honoraires des avocats (plus particulièrement, les honoraires exigés par le cabinet d'avocats dont les services ont été retenus par les demandeurs), étaient très bas, compte tenu des frais juridiques réellement engagés et de l'importance du présent litige pour le public. La Cour est disposée à adjuger des dépens supplémentaires en faveur des demandeurs. Les parties peuvent présenter des observations écrites au sujet de l'échelle des dépens et au sujet des bénéficiaires de ces dépens dans les 30 jours suivant la publication des présents motifs.

XII. CONCLUSION

[619] Pour l'ensemble des motifs susmentionnés, la demande présentée par les demandeurs, par laquelle ils visent l'obtention d'un jugement déclarant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sera accueillie.

Les autres aspects de la demande de jugement déclaratoire seront rejetés.

Les dépens seront adjugés aux demandeurs, conformément aux présents motifs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

a) les personnes qui sont des Métis et des Indiens non inscrits, tel que décrit dans les motifs du jugement, sont des « Indiens » au sens de l'expression « Indiens et les terres réservées pour les Indiens », qui

for the Indians” contained in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(b) the request for other declaratory relief is denied.

b) les autres demandes de jugement déclaratoire sont rejetées.

(c) the plaintiffs shall have their costs as provided for in the reasons for judgment.

c) les demandeurs ont droit à leurs dépens, conformément aux motifs du jugement.